



Revista Fesp

Periódico de Diálogos Científicos

NOVEMBRO DE 2013 ANO VII 13ª EDIÇÃO

ISSN 1982-0895



**O Conceito de
Direito**



**DIREITO
O CONCEITO DE**



CATALOGAÇÃO NA FONTE

Biblioteca Universitária da FESP, João Pessoa – PB.

Revista da FESP: Periódico de Diálogos Científicos.

v. 1, n. 13, (novembro 2013). João Pessoa: FESP – Fundação de Ensino Superior da Paraíba, 2013

ISSN 1982-0895

Semestral

1. Ciências do Direito Brasil – Periódicos.

I. Título. II. Fundação de Ensino Superior da Paraíba – FESP

BU/FESP

CDU:34(81)(05)

Os trabalhos publicados nesta edição são de inteira responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a respectiva fonte.

Como citar um artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. Revista da FESP: periódico de diálogos científicos. [online]. 2013, vol. 1, n. 13, p. 01-196. Texto disponível em: <http://www.revistadafesp.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último acesso ao site). ISSN: 1982-0895.

FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA
REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS.
ISSN: 1982-0895

EXPEDIENTE

Diretor Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa

Diretor Administrativo-pedagógico: Maria Goretti de Assis Laier

Diretor Financeiro: Marcelo Henriques da Silva

Coordenadorias

Coordenação do Curso de Direito: Gabriela Nóbrega

Coordenação de Prática Jurídica: Moisés de Sousa Coelho

Coordenação de Monitoria e Estágio: Sandra Pires

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Maria do Socorro da S. Menezes

Direção Editorial

Maria do Socorro da S. Menezes

Maria Goretti de Assis Laier

Comitê Editorial Interno

Ana Carolina Gondim – FESP

Alexandre Cavalcanti Belo – FESP

Antonio Carlos Iranlei – FESP/UFPB

Catarina Mota de Figueiredo Porto – FESP

Gabriella Nóbrega – FESP

Luciana Villar de Assis - FESP

Maria Goretti de Assis Laier– FESP

Maria do Socorro da S. Menezes – FESP

Revisão

Maria do Socorro da S. Menezes – FESP

Ilustração e Diagramação

Esdras Davi Queiroz Ferrer - FESP

Comitê Editorial Externo

Daniele Veratti – Itália

Fernando Gil Villa – Universidad de Salamanca

Wagner Bezerra Brito – UFPB

SUMÁRIO

EXTENSÃO DA CIDADANIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DOS PRESOS RAFAEL PONTES	09
SUPRANACIONALIDADE: REALIDADE OU FICÇÃO? SANDRA REGINA PIRES	27
A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO RENATA LINS CORRÊA LIMA LUCIANA VILAR DE ASSIS	47
AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DA SUA COMPETÊNCIA NORMATIVA MARIA JURINEIDE DA SILVA FARIAS LUCIANA VILAR DE ASSIS	68
DIREITOS HUMANOS E AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS JAMILLE SARATY MALVEIRA	92
A INEFICÁCIA DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS AOS MENORES INFRATORES POLLIANA PEREIRA DE QUEIROGA	112
A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DOS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL JOELMA VELOSO PENAFORTE MARIA DO SOCORRO DA S. MENEZES	129
A AÇÃO HUMANA: ANÁLISE JURÍDICO-FILOSÓFICA JÂNIO DA SILVA SALES FLAMARION TAVARES LEITE	157
O CONCEITO DE DIREITO MARKUS SAMUEL LEITE NORAT	174
NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS	196

SUMMARY

EXTENSION OF CITIZENSHIP AS A FUNDAMENTAL ELEMENT FOR REHABILITATION OF PRISONERS RAFAEL PONTES	09
SUPRANATIONALITY: FACT OR FICTION? SANDRA REGINA PIRES	27
THE SUBSIDIARY RESPONSABILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION IN RELATION TO THE DOCKET 331 FROM TST RENATA LINS CORRÊA LIMA LUCIANA VILAR DE ASSIS	37
REGULATORY AGENCIES AT THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: AN ANALYSIS ABOUT YOUR LEGAL COMPETENCE MARIA JURINEIDE DA SILVA FARIAS LUCIANA VILAR DE ASSIS	48
HUMAN RIGHTS AND CONTEMPORARY FAMILIES JAMILLE SARATY MALVEIRA	92
A FAILURE OF APPLICABILITY OF APPLIED TO MINORS EDUCATIONAL MEASURES OFFENDERS POLLIANA PEREIRA DE QUEIROGA	112
THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT THROUGH ADMINISTRATIVE TOOLS FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION JOELMA VELOSO PENAFORTE MARIA DO SOCORRO DA S. MENEZES	129
HUMAN ACTION: LEGAL PHILOSOPHICAL ANALYSIS JÂNIO DA SILVA SALES FLAMARION TAVARES LEITE	157
THE CONCEPT OF LAW MARKUS SAMUEL LEITE NORAT	174
CALL OF PAPERS	196

EDITORIAL

Um estudo sobre o conceito de direito, como o apresentado pelo Professor Markus Samuel Leite Norat, nessa 13ª edição da Revista da Fesp - Periódico de Diálogos Científicos, é temática instigante para ser tratada no meio acadêmico, pois o direito, assim como os demais assuntos aqui abordados, deve ser pensado, no plano da facticidade, em termos de aplicação na solução dos conflitos e das relações de natureza jurídica, sobretudo porque as coisas acontecem e se legitimam por força de sua adequação à legalidade.

Direito não é modismo, não é algo achado na rua, não é algo alternativo. Existe uma ordem jurídica que se compreende a partir dos questionamentos explícitos na abordagem do artigo que apresentamos: o que é direito? Com que intento foi criado? Quais suas condições de existência? Os homens bárbaros, que sequer detinham o conhecimento da escrita, poderiam praticar algum tipo de direito?

Nessa análise, o direito aparece como realidade histórica e social, pois em todo comportamento humano encontramos a presença do fenômeno jurídico, ainda que nas suas ações cotidianas, a maioria das pessoas não perceba que o direito está sendo praticado.

Portanto, à primeira vista um estudo sobre o conceito de direito, parece algo simples, pois o seu conteúdo é destinado a fornecer elementos essenciais ao estudo do direito. Entretanto, considerando que, a ciência do direito não é estática, essa compreensão abrange vários aspectos da vida social moderna cuja transformação em curso, propõe alterações dos seus valores: éticos, morais, jurídicos e, por extensão, sugere alterações na compreensão do conceito de direito, nisso reside a sua importância.

Direito é norma ética, de modo que não podemos ignorar a argumentação do autor, feita com muita propriedade na sua conclusão sobre o tema: “não há uma concepção universal para o vocábulo direito”, motivo justificador de sua importância como destaque nesse periódico, tendo em vista ser um conceito que forma a base de atuação dos aplicadores do direito, sobretudo daqueles que estão sendo formados por uma instituição como a Fesp Faculdades.

A Fesp Faculdades é uma instituição de ensino superior que valoriza a pesquisa como condição essencial para a excelência no ensino jurídico, e, vislumbra

a formação de um profissional crítico, capaz de percorrer os conceitos atinentes ao meio jurídico, não como algo frio, sem vida, mas como algo em processo permanente de construção, (des)construção e (re)construção, vivenciando assim a dialética do conhecimento.

Socorro Menezes & Soratti Laier

Editoras

João Pessoa, 01 de Novembro de 2013

ARTIGOS

EXTENSÃO DA CIDADANIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DOS PRESOS

EXTENSION OF CITIZENSHIP AS A FUNDAMENTAL ELEMENT FOR REHABILITATION OF PRISONERS

RAFAEL PONTES VITAL*

RESUMO

Com a suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal em decisão judicial transitada em julgado, o texto constitucional, apesar de ter como um dos seus princípios norteadores a igualdade, acabou marginalizando os indivíduos apenados. Sem o direito de voto, os presidiários não são considerados cidadãos, ou seja, eleitores, não atraindo, assim, a atenção dos políticos, o que, conseqüentemente, reflete na atual situação de falência do sistema prisional brasileiro, que não tem muitas políticas públicas voltadas para si. Esse quadro influencia negativamente no caráter ressocializador da pena, já que os presídios se tornaram ambientes inóspitos e precários justamente por falta de atenção do poder público, que não tem interesse em dar melhorias para uma camada da população que não tem o que os políticos mais procuram, que é voto. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise sistemática entre a atual situação do sistema prisional brasileiro e a exclusão do direito de cidadania, em que um pode ser consequência do outro.

Palavras-chave: Liberdade. Cidadania. Suspensão Direitos Políticos. Condenados. Presídios.

ABSTRACT

With the suspension of political rights due to criminal sentence by a judgment which is not open for appeal, the constitutional text, despite having as one of its principles the equality, eventually marginalizing the individuals condemned. Without the vote, the prisoners are not considered citizens, or voters, they don't attract the attention of politicians, which consequently reflected in the current failure of brazilian prisons, which hasn't many public policies to the prisoners. This framework will negatively influence on the character resocializing of the sentence, since prisons have become inhospitable environments and insecure precisely because of lack of attention from

* Advogado (OAB/PB – 15534), diplomado em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-Graduando em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pelo Centro Universitário de João Pessoa. Coautor da obra “Temas sobre responsabilidade civil”. Professor da Fesp Faculdades
E-mail: rafaelpvital@gmail.com.

the public, which hasn't interest in making improvements for a portion of the population that does not have what most politicians seek, it's the people who votes. The present work make a systematic analysis between the current state of the prison system and the exclusion of the vote, which one could be a consequence of the other.

Keywords: Liberty. Citizenship. Suspension of Political Rights. Condemned. Prisons.

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, as classes mais oprimidas lutaram para conseguir serem livres. Porém, somente a liberdade física não foi suficiente, também era necessária a participação na vida política do Estado. O povo queria votar e escolher os seus governantes, já que o sufrágio era censitário, em que só votava quem detinha posses. Inicialmente o voto foi estendido a todos os homens, depois às mulheres e, recentemente, aos analfabetos. Parando aí, como se não existissem outras classes dentro da sociedade, mas, mesmo assim, o texto constitucional brasileiro consagrou que o sufrágio é universal. O direito de cidadania, que, de forma estrita, é a capacidade de votar e ser votado, fora, em tese, garantido a todos os nacionais, sendo através dele que o homem pode alcançar a plenitude da sua existência.

Contudo, o legislador constituinte originário de 1988, mesmo tendo como impulso a rejeição aos dogmas da ditadura que o Brasil acabara de viver, decidiu limitar o direito de cidadania, refutando os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que são os norteadores do ordenamento jurídico pátrio. Resolveu-se, de forma preconceituosa, que todo aquele que for condenado criminalmente por decisão judicial transitada em julgado terá os seus direitos políticos suspensos, ou seja, enquanto a pena não for espiada, deixará de ser cidadão e não gozará dos direitos inerentes a tal posição.

A opressão à liberdade transformou-se em eliminação da cidadania, transformando-se em pena dupla, que não mais tinha como função ressocializar o sujeito, mas excluí-lo completamente da sociedade. Quando a cidadania é tolhida, os homens ficam sem meio legítimo para reivindicarem os seus direitos e de terem voz nas decisões políticas da vida em sociedade.

Por essa visão, seria certo, então, que quem cometeu delitos deveria ser excluído da comunidade, eis que se mostrou incapaz de respeitar as normas de

convivência, por isso não deve votar. Todavia, ao serem encarcerados, os presos, por mais censuráveis que tenham sido os crimes, não deixam de fazer parte do povo, tendo direitos a serem observados e reclamações a serem ouvidas, mas para o Estado, isso é irrelevante.

A consequência disso tudo é a atual situação dos estabelecimentos prisionais pátrios, que são lugares inóspitos e desumanos, lotados de não-cidadãos, que, como não votam, não atraem políticas públicas e nem a atenção dos políticos. Nesse sentido, este trabalho visa fazer análise sobre a extensão da cidadania aos presos como elemento ressocializador e impulsionador da melhoria das condições de vida dentro dos presídios.

2 DIREITO À CIDADANIA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro adotou, como elementos norteadores, dentre outros, os princípios da cidadania, da igualdade, da liberdade e do sufrágio universal. A cidadania, que está consagrada dentro dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vai mais além do que o simples poder de participar da vida política do Estado, possuindo dimensões sociais, econômicas, educacionais e existenciais, ou seja, as ações humanas devem ser pautadas para o preenchimento dos interesses coletivos da sociedade, tendo como meio para tal, o uso dos direitos políticos, que é faceta mais importante da cidadania.

Quanto à igualdade e à liberdade, que são dogmas importantíssimos na história recente da humanidade, o texto constitucional aduz que são direitos fundamentais dos brasileiros e estrangeiros que no país se encontrem, não sendo aceito hipóteses de discriminação, já que todos são iguais perante a lei, bem como os tornando livres para alcançarem, através de meios lícitos, os seus objetivos como pessoas humanas, sendo inaceitáveis restrições desproporcionais e irrazoáveis que não forem feitas pelo próprio ordenamento.

No tocante ao sufrágio universal, justamente alicerçado nos ideais da igualdade e da liberdade, o poder constituinte, contrariando todo o retrocesso que existia nos textos anteriores, estendeu o ato de votar a todos os brasileiros, independente de distinções de qualquer natureza. Extinguiu-se, a ideia de que só

poderia sufragar quem tivesse renda ou fosse alfabetizado, inexistindo, até então, restrições consideradas iníquas.

Todavia, esses princípios não foram consagrados de forma absoluta, principalmente no que se refere à liberdade, esta que, apesar de ter a sua faceta negativa, ligada, segundo Berlin (1981, p.136), à inexistência de interferências externas, ausente, então, a coerção para a consecução dos objetivos pessoais, sofreu restrição por parte do poder estatal. Quando alguns sujeitos começaram a abusar do direito de liberdade, causando danos alheios, fez-se necessário que, para que a paz social fosse mantida, o Estado interviesse na liberdade dos particulares, punindo-os pelos seus atos infracionais.

Tem-se a criação do poder coercitivo estatal, objetivando que a liberdade negativa estranha fosse respeitada, pois ela inexistente quando pessoas interferem prejudicialmente na vida alheia. Em função disso, o Estado cria o seu poder punitivo, adotando penas contra os infratores, sendo a principal delas a restrição da liberdade física, do direito de ir e vir. Existindo, é claro, outras formas de punições, como a imposição de prestações de serviços à comunidade e o pagamento de multas.

Adota-se, por conseguinte, o direito penal, que tem como função restringir o poder punitivo do Estado, este que, de acordo com o texto constitucional brasileiro, não deixará de apreciar qualquer lesão ou ameaça à direito (Art.5º, XXXV), em que somente punirá quando a violação a liberdade alheia for definida por lei, ou seja, tipificada como delito criminal. Por exclusão, aquilo que não for considerado ilícito, os homens poderão praticar, sem, contudo, sofrerem restrições físicas pelo Estado, consubstanciando-se, nisso, a liberdade negativa, pois é permitido fazer tudo que a lei não veda.

O problema é que o direito penal, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, acabou extrapolando as suas barreiras punitivas, indo além da restrição física, mas tendo reflexos duríssimos sobre os direitos políticos, que é o que permite que as pessoas votem e sejam votadas, configurando-se em liberdade política, que, segundo define Hayek (1983, p.40), “é o poder que os homens têm de eleger os seus governantes, de participar do processo legislativo e de controlar a administração pública”.

Quando a liberdade política é positivada, ela se transforma em direitos políticos, que, de acordo Alexandre de Moraes (2007, p.17), significa “direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-

lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir atributos da cidadania”.

Desse conceito, infere-se que os direitos políticos transformam, pelo menos na maneira exposta na Constituição, os nacionais em cidadãos brasileiros, exercendo a cidadania através do voto, este que é igual para todos, ou, como dizem os estadunidenses, *one man, one vote*¹, em que o ato de sufragar é idêntico para todas as pessoas. Cada voto tem o mesmo peso e o mesmo valor, permitindo que a soberania popular interfira na vida política estatal.

Assim, com base na liberdade política, na igualdade entre os homens e na instalação dos regimes democráticos, que são caracterizados pela participação popular na escolha do corpo governamental que irá representar o povo no uso do poder, é que nasce o direito do sufrágio universal, pois se o poder é de povo, todos os homens devem votar.

Ocorre que, conforme esposado, a Constituição Federal de 1988, de forma retrógrada, resolveu utilizar o direito de punir do Estado para limitar a liberdade política de seus populares, ferindo, com isso, o regime democrático. Foi determinado, de acordo com o inciso III, do artigo 15, que a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos, ensejará a suspensão dos direitos políticos de quem for considerado culpado.

Desse modo, o cidadão, por exemplo, que praticar crime de roubo (Art.155 do Código Penal), sendo devidamente processado e condenado, havendo o esgotamento das esferas recursais, com o conseqüente trânsito em julgado, será considerado, nos termos do inciso LVII do artigo 5º, culpado, tendo, como efeitos da decisão condenatória, a suspensão automática² dos seus direitos políticos, durante todo o cumprimento da pena. Enquanto não houver o trânsito em julgado, o acusado, se estiver preso, será considerado detento provisório, gozando ainda dos seus direitos políticos, podendo, pelo menos em tese, exercer a cidadania, o mesmo acontecendo se estiver em liberdade provisória.

¹ Um homem, um voto.

² A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de autoaplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irrecurável, e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis*, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. (RE 577.012-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 25-3-2011)

Somente a condenação transitada em julgada acarreta a suspensão dos direitos políticos, que, ao contrário da perda, é a impossibilidade temporária do uso do direito de votar e ser votado. O condenado, além de ser encontrar enclausurado e marginalizado, é afastado completamente da vida política da sociedade, eis que deixa de ser cidadão, agrupando-se ao elevado número de renegados que abarrotam as cadeias e presídios públicos brasileiros.

Para os defensores³ dessa suspensão dos direitos políticos, os condenados, ao cometerem ilícitos penais, mostraram que não possuem índole para participarem da escolha dos seus representantes, motivo pelo qual devem ser afastados da vida política. Com base nisso, Carlos Veloso e Walber Agra (2009, p.47), dizem que “não é justo que um cidadão que cometeu acinte tão grave ao ordenamento estatal possa participar da escolha dos membros que vão gerir essa mesma estrutura governamental que desrespeitou”. Essa é a visão majoritária defendida pelos constitucionalistas pátrios, que endossam a ideia de exclusão total dos condenados criminalmente.

Com base em opiniões semelhantes, o judiciário brasileiro adotou posição retrógrada e limitada, fazendo com que, após a condenação, o sujeito deixe de ser cidadão, perdendo as duas liberdades mais importante que possui, a física, que o permite ir e vir, e a liberdade política, que é a participação na vida política do Estado, exercendo a soberania popular.

A pena acaba sendo dupla, em que a restrição física é justa, já que houve violação às normas penais, mas a limitação política tem efeitos nefastos para as pretensões ressocializadores do direito penal, pois o condenado já entra sabendo que perdeu o seu título de cidadão, transformando-se em mais outro presidiário, que na maioria dos estabelecimentos carcerários, só tem como direito, cumprir a pena que lhe foi imposta.

No Brasil, isso gerou duro golpe no regime democrático e no propagado princípio da igualdade, uma vez que se impede que milhares de pessoas votem, algo que, caso não ocorresse, poderia mudar não só o destino da representação política nos parlamentos, bem como melhorar as condições de vida dentro dos

³ Um dos argumentos contrário ao voto dos presos diz que os mesmos não são pessoas éticas, e que o criminoso não é idôneo para participar dos negócios públicos. Entretanto, não é necessário que as pessoas que se encontram presas sejam eleitas, podem apenas votar. E a pessoa presa só vai poder votar em uma das pessoas que esteja inscrita como candidata. Não cabe ao poder público decidir quem é ético ou não para votar. Até mesmo porque, certamente, em muitas casas prisionais devem existir cidadãos muito mais éticos do que outros que não estão condenados (PUGGINA, 2005).

presídios e das cadeias públicas, o que traria, conforme será discorrido no próximo capítulo, verdadeiro exercício da cidadania, mesmo inexistindo liberdade física, pois essa não é imprescindível para aquela⁴.

3 SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Na década de oitenta, do século passado, o sistema prisional brasileiro parecia que finalmente iria sofrer mudanças bruscas, eis que, com o surgimento da Lei das Execuções Penais (Lei nº. 7.210/1984), norma extremamente inovadora, aos presos foram reconhecidos direitos à assistência jurídica, educacional, social, material, religiosa, trabalhista, previdenciária e à saúde.

A onda inovadora também influenciou a Constituição Federal de 1988, que, na parte reservada aos direitos fundamentais, consagrou aos presos o direito à integridade física e moral, vedando-se penas de trabalho forçado, de caráter perpétuo, de banimentos e cruéis. Foi preconizado ainda que as penas deverão ser cumpridas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Por fim, a carta constitucional assegurou às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Esse rol de direitos, que é meramente exemplificativo, significou apenas esperança para os presidiários. As garantias foram incluídas porque o Brasil estava saindo de regime ditatorial, em que vários parlamentares, em décadas anteriores, haviam sido presos, sofrendo com as mazelas do sistema prisional brasileira, principalmente com as torturas praticadas pelos militares. Em face disso, foi que esses direitos foram estendidos aos presos normais.

Acontece que, como é sabido, faltou apenas lei determinando que as disposições da Lei de Execução Penal e da Constituição Federal fossem respeitadas. É indubitoso que o sistema penal brasileiro se encontra falido, com

⁴ De acordo com o Ministério da Justiça, através Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, a população carcerária brasileira, em dados referentes ao mês de dezembro de 2010, era de 496.251 (quatrocentos e noventa e seis mil e duzentos e cinquenta e um presos). Muito provavelmente, como o índice de criminalidade vem aumentando consideravelmente, principalmente na região norte-nordeste, esse número já ultrapassou a marca de 500 mil presidiários. Estes dados foram extraídos do site institucional do Ministério da Justiça, disponível em: <http://portal.mj.gov.br> Acesso em: 20 de julho de 2011.

cadeias superlotadas e sem condições para abrigar um preso, sequer dezenas. Os presídios brasileiros viraram depósitos de homens sem nome, sexo, idade e, o mais importante, direitos. Apenas se veem pessoas com condenações criminais, que a sociedade ojeriza e não as quer ver por perto.

O quadro é de violação aos direitos humanos, com agressões e torturas praticadas pelos agentes estatais, ausência ou inadequação de tratamento médico-hospitalar, falta de assistência jurídica, alimentar, psicológica, social, educacional e com ambiente precário e propício a proliferação de inúmeras doenças contagiosas que afetam os presos e os tornam mais frágeis ainda. O que era pra regenerar e socializar tornou-se arma contra a sociedade brasileira. Lá os presos caem no esquecimento, no lugar de melhorar, pioram, saindo, na grande maioria, prontos para voltarem a delinquir. Cada vez mais, as cadeias públicas estão piores, em que o governo precisa tomar medidas preventivas e reparadoras de forma urgente, sob pena de a carceragem entrar em colapso, repetindo-se fatos como o massacre do Complexo Penitenciário do Carandiru, em 1992.

Ressaltando-se, outrossim, a existência da superlotação nos estabelecimentos prisionais, em que há mais presos do que vagas disponíveis, sendo fator central que mais afeta os presidiários, eis que parece uma chaga que corrói o Brasil e inviabiliza que os detentos possam ser reabilitados e aprendam a viver em sociedade. Sobre tal mazela, expõe o relatório da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro:

A superlotação e talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até de 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com gambiarra: prática comum em presídios, paredes encardidas cheias de “homens morcegos”. Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio. Homens que são obrigados a receberem suas mulheres e companheiras em cubículos apodrecidos. Assim vivem os presos no Brasil. Assim são estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim e que a autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E e assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas, jogadas na rua para conviver com a sociedade (RELATÓRIO FINAL DA CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO, 2008, p.225).

Como se pode observar, a situação do sistema prisional brasileiro é caótica, beirando a falência, em que, há décadas, soluções são buscadas para, pelo menos, diminuir os sofrimentos dos detentos. Mas nada se consegue, justamente porque falta empenho político, ou melhor, praticamente não existe política pública voltada para os presidiários. Essa classe, ao contrário das demais, não possui representatividade, pois não são cidadãos.

A exclusão da cidadania se deu quando o texto constitucional determinou que a condenação criminal transitada em julgado ensejaria a suspensão dos direitos políticos, impossibilitando que os presidiários pudessem votar. Sem sufragar, os presidiários foram alijados do poder político, fazendo com que caíssem na vala do esquecimento.

No Brasil, é inquestionável que a maioria dos políticos somente dá atenção por quem lhe pode trazer votos, e isso, somente em época de eleições. Nesse período, promete-se infraestrutura para os moradores da periferia, saúde e educação para as comunidades pobres, segurança para os mais ricos. E para os presidiários, o que se promete? Nada, pois ninguém quer destinar verbas para pessoas que não tem poder de barganha política, que não pode eleger ninguém.

Se não existem promessas, imagine políticas concretas para melhorar as condições dos presidiários. Tudo não passa de utopia. É sonho imaginar que, enquanto os presos forem excluídos da cidadania, alguma coisa possa mudar. O quadro sempre vai piorar. Isso se consubstancia, na verdade, como bem lembra José Carlos Brandi Aleixo, em preconceito constitucional:

Conforme nos ensina a história, governantes, mesmo bem intencionados, frequentemente não deram atenção suficiente aos problemas daqueles privados dos direitos políticos em geral e do direito do voto em particular. Os candidatos mais facilmente estudam os problemas de seus possíveis eleitores e, quando eleitos, atendem às suas reivindicações. Deve-se muito, na Europa, ao sufrágio universal a elaboração de leis e medidas de benefício das maiorias mais necessitadas (ALEIXO, 1982).

Em crítica semelhante, argumenta Carmem Pinheiro de Carvalho:

Os presidiários continuam esquecidos dos seus concidadãos (políticos e apolíticos), já que não pesam no cômputo das legendas partidárias, nem atraem a cobiça eleitoreira dos candidatos, mantida à custa das promessas e esperanças ressuscitadas a cada eleição. Considerados “fora da lei”, parecem estar relegados também a viver “fora da vida”, numa hibernação de todas as suas forças intelectuais, morais e cívicas. É preciso não esquecer, no entanto, que esta hibernação termina um dia e que o

presidiário reassume o seu papel de cidadão, readquire o pleno gozo de seus direitos políticos. E, mesmo não considerando o presidiário em si, é preciso lembrar que ele possui pais, cônjuge, irmãos, noivos, filhos, vizinhos, compadres, amigos – enfim, uma parcela considerável de eleitores que poderiam votar pó gratidão... ou por esperanças. Devem continuar esquecidos até nas promessas? (PINTO; DOMINGUES, 2010).

A falta de cidadania é a grande responsável pelos flagelos vividos pelos presos brasileiros, estes que não são poucos, tirando os provisórios, que em tese possuem o direito de votar, mas só o vem fazendo aos poucos, pois a justiça eleitoral ainda está se aparelhando, o número de presidiários condenados, segundo dados do Ministério da Justiça (INFOPEN, 2010), com decisão transitada em julgado perfaz 281.022 (duzentos e oitenta e um mil e vinte e dois), contingente suficiente para eleger um deputado federal.

Atualmente, o congresso nacional é formado por parlamentares que representam as mais variadas classes. Os religiosos, os homossexuais, os policiais, os funcionários públicos, os trabalhadores, os esportistas, todos esses grupos têm algum deputado os representando. Somente os presidiários que não têm ninguém lutando pelos seus direitos, já que não representam votos. Poucos medem esforços para que isso aconteça, inexistindo propostas de emendas constitucionais para retirar essa restrição preconceituosa.

Sequer há forte mobilização para que os presos provisórios votem. Dados do Tribunal Superior Eleitoral (RELATÓRIO DAS ELEIÇÕES 2010, 2011) informam que, nas eleições gerais de 2010, apenas 19.933 detentos provisórios puderam votar, número que não corresponde a 10% dos acusados que esperam o julgamento. Salvo raras exceções, os próprios políticos também não possuem interesse em ir aos presídios para apresentarem as suas propostas para os presos provisórios, pois será tempo perdido. Para que o voto seja estendido, faz-se necessário o empenho das cortes eleitorais, estas que estão mais preocupadas com a integridade das urnas do que com a garantia da cidadania dos apenados provisórios.

A simples restrição da liberdade física, que é fato que deveria apenas acarretar a punição pelo ilícito criminal praticado, buscando ressocializar e regenerar o preso, tornou-se algo grave, ferindo outras esferas da liberdade individual. Os presos acabaram perdendo não só a liberdade política, mas a dignidade humana,

outro direito fundamental do homem, que não só está consagrado no texto constitucional brasileiro, mas em todas as declarações de direitos humanos.

Sem cidadania, dignidade e liberdade, torna-se impossível definir os presos como homens detentores de direitos, mas sim bichos encarcerados que foram desintegrados da sociedade. E o resultado disso é o caos que está instalado nos presídios brasileiros, em que o primeiro passo para revertê-lo é dar aos presos o direito de votar, pois, como alerta Norberto Bobbio (1992, p.53), “para proteger os direitos humanos, forjando a conquista de novos, é preciso garantir o direito da cidadania a todos indistintamente”.

Como a finalidade do poder punitivo do estado não é apenas obrigar o sujeito a pagar, com a sua liberdade, o delito que cometeu, mas também regenerativo, permitindo que os ex-presidiários possam voltar a viver em sociedade e pertencer a uma comunidade.

4 RESSOCIALIZAÇÃO DOS PRESOS ATRAVÉS DA EXTENSÃO DA CIDADANIA

Consoante estudado, a Constituição Brasileira, pelo menos é o que consta no artigo 5º dispôs, sem fazer qualquer exceção dentro do artigo, que o sufrágio seria universal, ou seja, que o direito ao voto seria estendido a todos os nacionais que atingissem os requisitos mínimos exigidos em lei, que é ter mais de 16 anos de idade e efetuar o alistamento eleitoral. Se esse direito é comum a todos os homens, sendo inclusive consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, estas que tem o Brasil como signatários e que sem fazerem ressalvas, aduzem, de forma geral, que a liberdade de voto deve ser assegurado a todos os homens, por que o constituinte brasileiro resolveu contrariar os seus próprios princípios e restringir injustamente a liberdade política dos presos? Para muitos, as respostas também são preconceituosas, pois preso não sabe votar e se o fizer, irá escolher somente bandidos.

Na verdade, como o sufrágio é universal e a cidadania e a dignidade são fundamentos da República Federativa do Brasil, mostra-se iníquo e incongruente qualquer limitação ao direito de votar. O direito a cidadania é imprescindível para a construção de uma sociedade justa e igualitária, principalmente dentro dos presídios brasileiros.

A partir do momento que os presos começarem a votar, eles se sentirão incluídos à sociedade, reconhecendo os seus valores e requerendo, não mais através de rebeliões sangrentas, mas por meios legítimos, melhorias nas condições miseráveis que têm que suportar. Além disso, os presos terão seus próprios representantes, constituindo parlamentares que lutarão especificamente para humanizarem as cadeias públicas brasileiras.

A ressocialização nas cadeias deve começar pela extensão da cidadania para mais de 500 mil brasileiros, pois é com o voto que o sujeito se transforma, como lembra Clemérson Clève (2002, p.58), em “agente reivindicante, possibilitador da floração contínua de direitos novos”.

O voto também fará com que a cidadania amplie o próprio conceito de direitos políticos, retirando todos os óbices para que os presos, após cumprirem as suas penas, possam voltar a viver em comunidade. A prisão só pode ser vista com meio que separa a liberdade física, e não a dignidade humana, elemento importantíssimo para a consecução de fins sociais e individuais da pessoa do presidiário. Agir de forma contrária é retroceder aos tempos que o Brasil adotava o regime escravocrata e elitista, que só trouxe prejuízos, que ainda assolam a sociedade atual:

O voto é uma garantia individual que não se pode atingir de maneira alguma. Vê-se nesta atitude de proibição resquícios de um sistema colonialista aonde a classe dominante tenta afastar o homem comum de sua cidadania plena. Nada justifica a exclusão do presidiário com a suspensão de seus direitos políticos, e nada melhor do que reintegrar o preso politicamente para que ele se reintegre à vida em sociedade. Ou seja, como re-inserir, ressocializar o infrator, tirando sua cidadania? (PUGGINA, 2005).

A inclusão do penitenciário só vai trazer benefícios para a sociedade brasileira, já que a situação caótica não é só suportada pelos “hóspedes” dos presídios, mas pelos seus familiares e amigos mais próximos, que também sofrem com a prisão e que se sentem, de certa maneira, excluídos da comunidade. O nível de insegurança e os índices de violência também serão reduzidos, já que, através do voto, as condições das cadeias melhoraram, os presos se conscientizarão, havendo realmente chances de ressocialização e, conseqüentemente, os egressos das cadeias poderão não voltar a delinquir, como acontece com parte considerável dos que são libertados.

E esses benefícios são maiores que os prejuízos, que são meramente financeiros, pois haverá a necessidade de serem instaladas urnas em todos os estabelecimentos prisionais brasileiros, mas não sendo elemento impeditivo. As seções eleitorais são formadas, na grande maioria, por particulares que são convocados para trabalharem exclusivamente nos pleitos. É tudo questão de empenho político dos legisladores brasileiros, que, certamente, influenciados pela opinião pública, não mostrarão vontade para alterar essa situação de desigualdade entre os próprios brasileiros, mas que pode ser corrigida com simples emenda constitucional.

O efeito ressocializador somente será alcançado quando a cidadania for inclusiva, e não exclusiva, permitindo-se, assim, que todas as pessoas, independentemente de estarem presos, ou não, possam votar, já que, se a Constituição é cidadã, todos aqueles que a legitimaram devem assim também serem considerados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, muito se questiona sobre os motivos pelos quais os estabelecimentos prisionais se transformaram em locais inóspitos, onde os homens, na grande maioria das vezes, não conseguem se regenerar, retornando à sociedade pior do que eram. Alega-se, com base em ideais lombrosianos, que os próprios presidiários são os responsáveis pela situação caótica, pois, quem não consegue conviver do lado de fora, certamente não o fará dentro da prisão. Pouco se indaga sobre o descaso da própria sociedade com os detentos, em que o interesse principal é apenas jogá-los dentro das cadeias, sem se importar como será a vida durante e após o cumprimento da pena.

Todavia, o péssimo quadro dos estabelecimentos prisionais é resultante não de causas internas, mas externas aos presos, emanando de todos os textos constitucionais pátrios, que, de forma preconceituosa, sempre limitaram o exercício da cidadania, retirando-a de todos os sujeitos que se encontrarem condenados, através de decisão transitada em julgado, pela prática de ilícito criminal.

Após a prisão, o sujeito, pelo menos em tese, só deveria ter restringida a sua liberdade física, mas acaba sendo tolhido da sua liberdade política, perdendo a

condição de cidadão e, conseqüentemente, diante da marginalização, fica sem dignidade humana, pois os presídios não oferecem condições mínimas para proporcionar vida digna aos seus “hóspedes”.

E isso ocorre justamente por que, como não são eleitores, os presidiários não atraem a atenção dos políticos, caindo no esquecimento, já que inexistente moeda de troca, ou seja, o voto do apenado. Essa é, sem dúvidas, a razão pela qual a situação dos estabelecimentos prisionais brasileiros nunca mudou e só tende a piorar, pois, no Brasil, o interesse público só ganha relevância no período eleitoral e isso relacionado a quem vota.

Torna-se, então, imprescindível, para que a os presídios virem ambientes pacíficos, éticos e mais humanos, que a cidadania seja estendida a todos os brasileiros, independentemente, como aduz o artigo 5º, de qualquer critério diferenciador. O que importa é que todo o poder emana do povo, não podendo somente alguns votarem e outros não, nascendo, a partir daí, a exclusão da cidadania, o que gera desigualdades e violações da dignidade da pessoa humana, principalmente nos presídios brasileiro, que hoje se transformaram em jaulas de pessoas marginalizadas completamente pela sociedade e que não podem fazer nada para reverter a situação.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEIXO, José Carlos Brandi. *O Voto do Analfabeto*. São Paulo: Editora Loyola, 1982.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, c1969.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 6 ed. Minas Gerais: Campus, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2002.

CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO. *Relatório final*. 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>> Acesso em 10 jul. 2011.

HAYEK, Friedrich August. *Os fundamentos da liberdade*. Brasília: UnB, 1983.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22.ed.- São Paulo: Atlas, 2007.

PINTO, Celso de Magalhães; DOMINGUES, João Protásio Farias. Presidiário condenado vota. *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*. Belo Horizonte: Ano 16, V.11, Nov/2010.

PUGGINA, Rodrigo. Voto dos presos e a suspensão de direitos políticos: nova perspectiva. *Revista Juízes para a Democracia*, Ano 10. n° 39. Set/Nov 2006.

RELATÓRIO DAS ELEIÇÕES 2010. – Brasília: TSE, 2011. 726.p.

SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN. *Departamento Penitenciário Nacional*. Dezembro de 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>> Acesso em 10 jul. 2011.

SUPRANACIONALIDADE: REALIDADE OU FICÇÃO?

SUPRANATIONALITY: FACT OR FICTION?

SANDRA REGINA PIRES*

RESUMO

O cenário jurídico internacional vem sofrendo mudanças cada vez mais impactantes, sendo a protagonista da mais atual delas a globalização. Estabelecem-se trocas internacionais, fazendo-se necessária a existência de acordos, viabilizando o relacionamento entre países. Cada um deles tem suas características sociais, políticas, econômicas, culturais e planos para o seu desenvolvimento. Os tratados internacionais funcionam como instrumento de congregação em torno de uma meta que incrementa o progresso de um modo global. Firmados os pactos, é preciso torná-los exequíveis, de forma a conquistar credibilidade externa e interna. Esse cenário tem levado ao repensamento da concepção de soberania. Esse estudo procurará demonstrar, inicialmente, que houve uma significativa flexibilização ou relativização do seu conceito. Mais adiante, se farão apontamentos doutrinários quanto ao direito interno, direito internacional, direito da integração e direito comunitário, com destaque para o papel da integração e o desafio de solucionar conflitos entre “esses direitos”, sem que o Estado perca soberania, prestígio e confiabilidade perante a ordem internacional. Segue a pesquisa divisando as teorias monista e dualista e o seu lugar na soberania compartilhada. Posteriormente, o sistema jurídico interno brasileiro será analisado no que se refere à recepção e eficácia da norma internacional no sentido de se concluir pela existência ou não do fenômeno da supranacionalidade e do que é necessário para o seu implemento, caso a conclusão seja negativa. O mesmo se fará com relação ao Mercosul, abordando as Cartas Políticas dos Estados-partes. Adiante, se tratará da referência quando o tema é supranacionalidade: a União Europeia, que mesmo com o seu caráter multifacetado, provou para o mundo que é possível e necessário compartilhar soberania, apesar dos inúmeros desafios que esse fenômeno pode gerar. Finalmente, se concluirá que a integração é uma questão de sobrevivência e que sem supranacionalidade ela é um faz de conta.

Palavras-chave: Soberania. Supranacionalidade. Mercosul. União Europeia

ABSTRACT

Legal international scenario has been undergoing great changes and its main protagonist is globalization. International exchanges are accomplished being necessary the existence of agreements in order to make viable the relation among countries. Each one has its own social, political, economical and cultural

* Advogada com 22 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil com Formação para o Magistério Superior. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA *Universidad Del Museo Social Argentino*. Professora de Prática Forense Civil II e Direitos Reais na FESP e de Prática Forense Civil I no IESP. Ação Civil Pública e Ação Popular e Atualidades em Processo Civil na ESMA.

characteristics as well as its plans for development. International Treaties work as congregation instrument in relation to a goal that increases progress in a global way. Once the agreements are settled, it is necessary to make them feasible so as to build external and internal credibility. Such scenario has led to reflecting on sovereignty conception. First of all, this research will try to demonstrate that there was meaningful flexibility or relativization of its concept. Then, doctrinaire remarks concerning Internal Law, International Law, Integration Law and Community Law will be pointed out, with emphasis on integration role and the challenge of solving conflicts among “these Laws”, without the State’s loss of sovereignty, prestige and trustworthiness in regard to international order. Furthermore, the research will focus on dividing the monistic and dualistic theories and their place in shared sovereignty. Afterwards, the Brazilian internal judicial system will be analyzed with reference to reception and efficacy of the international rule so as to be concluded by the existence or not of the supranationality phenomenon and what is relevant for its implementation, in case of a negative conclusion. Likewise, it will be done while relating to Mercosur by stating Political Letters of the States Parties. At a more advanced point, the theme about supranationality will be dealt with: European Union, even with its multifaceted character, proved to the world that it is possible and necessary to share sovereignty, in spite of several challenges that such phenomenon can generate. Finally, it will be concluded that integration is a matter of survival and without supranationality it is fantasy.

Keywords: Sovereignty. Supranationality. Mercosur. European Union.

1 INTRODUÇÃO

O mundo vem passando por grandes transformações desde os meados do século XVIII, podendo-se arriscar o palpite de que as mais impactantes delas foram a Revolução Industrial, as duas Grandes Guerras Mundiais e a Globalização. A primeira alterou o processo produtivo em nível econômico e social, superando a era da agricultura e substituindo o trabalho humano pela máquina, estabelecendo uma nova relação entre capital e trabalho e entre nações, fazendo surgir, dentre outros eventos, a cultura de massa. As Guerras Mundiais, com os seus horrores impingidos aos soldados, as suas famílias e aos sucumbentes, somados ao grande número de mortos e à fome devastadora, fizeram (re)nascer no homem o sentido e a necessidade de cooperação, de solidariedade, de harmonização, de comunhão; enfim, de antiguerra. Já a globalização conectou o mundo, eliminando barreiras interestatais, provocando a difusão instantânea de todo e qualquer tipo de informação, trazendo à tona a necessidade de se repensar sobre o controle de fronteiras geográficas e o comportamento estatal em face de uma população mais militante.

A vida humana e o direito de vivê-la com dignidade tornaram-se prioridade, refletindo nas relações internas e externas do Estado, ocasionando um incremento do relacionamento entre as Nações e mudanças no cenário jurídico internacional, sendo relevante para o presente trabalho a atual “face” da soberania e sua implicância na supranacionalidade.

2 SOBERANIA: GENERALIDADES

O conceito de soberania altera-se de acordo com o momento histórico-político, não podendo confundir-se as suas atuais acepções com as de sua época de origem.

O primeiro texto normativo intergovernamental que reconheceu o princípio da soberania nacional foi "Paz de Vestfália" (também conhecido como Tratado de Münster e Osnabrück), assegurando-lhe posto central na estrutura das relações internacionais. Por meio deste tratado, foi encerrada a Guerra dos Trinta Anos (conjunto de guerras travadas por diversas nações europeias durante o período de 1618 a 1648) e delimitaram-se as seguintes regras para as relações internacionais: a soberania igualitária entre os Estados; a prevalência do princípio territorial sobre o pessoal; o respeito aos limites internacionais e a não-intervenção em assuntos internos de outros Estados⁵.

Soberania, etimologicamente, significa autoridade suprema; poder soberano; poder político de que dispõe o Estado de exercer o comando e o controle, sem submissão aos interesses de outro Estado.

Jean-Jacques Rosseau defendia ser a soberania o "exercício da vontade geral". Jean Bodin apontava ser "o poder absoluto e perpétuo de uma República; o soberano não reconhece nenhuma autoridade superior a si mesmo". Hans Kelsen notava-a como a "expressão da unidade de uma ordem" e Georg Jellinek qualificava-a como "nota essencial do poder do Estado"⁶. Nascia e se fortalecia o conceito de soberania ilimitada.

⁵ FERREIRA, Eddington Rocha Alves dos Santos. A mitigação da soberania estatal em prol da efetividade da proteção internacional aos direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2943, 23 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19617>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

A Constituição francesa, nos idos de 1791, em seu título III, artigo 1º, tratou de suas características: unicidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade⁷.

Pela concepção de unidade, é possível entender que a jurisdição de um determinado Estado é, dentro de seu território, exclusiva e absoluta não sendo concebível a convivência de mais de um poder superior no mesmo âmbito.

A indivisibilidade traduz a ideia de que o poder soberano não é seccionável, inexistindo várias partes de uma mesma soberania. Por ser a soberania elemento constitutivo do próprio Estado, é inalienável⁸, não havendo prazo de validade para ela, sendo, portanto, imprescritível.

Hodiernamente, se consideram ultrapassadas as concepções de imprescritibilidade e de impossibilidade de perda da soberania, ganhando relevo a característica da limitação.

A soberania configura-se como um dos elementos (ao lado da população, território, governo independente e ordenamento jurídico) pelo qual o Estado exerce autoridade absoluta em relação a qualquer outro poder, nos limites internos (*summa potestas*), e permanece no mesmo plano de poder de outros Estados, nas relações externas (igualdade). Assim, soberania é, internamente, o império que o Estado exerce sobre seu território e sua população, enquanto é, externamente, a autonomia e paridade perante outros Estados⁹.

A limitação da soberania não é excludente da sua natureza absoluta. O Estado, por sua vontade e interesse pode limitar sua própria soberania em casos específicos. Sendo assim, é possível atestar que houve uma flexibilização ou relativização do seu conceito desde a sua adoção pelos filósofos e pelos juristas há quatro séculos.

⁷FRANÇA, Constituição de 1917. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutionsdelafrance/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 23 out. 2011.

⁸DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ob. cit.*, p. 69.

⁹FERREIRA, Eddington Rocha Alves dos Santos. *Ob.cit.*

3 DIREITO INTERNO, DIREITO INTERNACIONAL, DIREITO DA INTEGRAÇÃO E DIREITO COMUNITÁRIO: APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS

A doutrina é farta em definições quanto ao conteúdo deste item. O registro de todas elas é dispensável ao presente trabalho, razão pela qual foi feita uma seleção:

Direito Interno, ensina Bobbio, é aquele cuja “principal fonte é a lei editada pelo Estado, conforme procedimentos específicos que têm vigência e eficácia nos limites do território nacional e através do qual se busca um controle social”¹⁰. É interno porque se compõe de normas que cada país adota, voluntariamente, na qualidade de Estados soberanos. É o direito nacional de cada país.

Direito Internacional, conforme Patrícia Ribeiro, “é aquele que estabelece relações entre Estados independentes e soberanos cujos órgãos produtores e aplicadores são os receptores da norma”¹¹. É o conjunto de normas jurídicas que rege as relações entre todos os componentes da sociedade internacional, sejam eles Estados, organismos análogos ou indivíduos¹², visando estabelecer a paz e a justiça e promover o desenvolvimento. O Direito Internacional não se aplica apenas no plano externo, mas também no interior dos Estados, nas relações com os particulares, sendo um equívoco pensar em Direito Interno e Direito Internacional de forma estanque. Eles são interdependentes. Os Estados, declarando-se soberanos, não reconhecem nenhuma autoridade sobre eles. Celebram acordos que estabelecem cooperação recíproca, sem depender de nenhuma autoridade de sobreposição.

Antes de definir Direito da Integração, é pertinente trazer à baila a elucidativa doutrina de Valério Mazzuoli no sentido da “inexistência, pelo menos por enquanto, de uma comunidade internacional, mas sim de uma sociedade internacional. Aquela transmitindo a idéia de convergência; esta, de divergência”¹³, a despeito do uso indiscriminado das expressões na redação de inúmeros documentos.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 102.

¹¹ RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 24.

¹² ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

Os mestres Diego e Florisbal destacam o papel da integração como antidotal e inibidor de males do passado e do presente¹⁴:

(...) após 1945, o isolacionismo estatal e o individualismo deram lugar à integração, bem como à cooperação entre as nações com o fim de se alcançar desideratos comuns e pacíficos. A integração entre os Estados se mostra como recurso plausível para se garantir a paz mundial, combater crises econômicas e tantos outros assuntos relevantes, desde a miséria ao narcotráfico.

Maria Ferreira e Júlio Oliveira¹⁵ a definem como:

(...) um processo de mudança social voluntária, mediante o qual, a partir da existência de problemas, interesses e objetivos comuns, as nações se associam e adotam estratégia de ação conjunta para melhorar seu *status*, o de suas respectivas comunidades, e sua inserção no sistema estratificado internacional.

Sendo assim, os Estados podem se associar e formar blocos (Mercosul, Nafta, União Europeia) com mecanismos próprios de regulamentação, denominados Direito da Integração. Enquanto o Direito Internacional regula toda e qualquer relação interestatal, o Direito da Integração e o Comunitário dizem respeito às relações interestatais estabelecidas num ambiente integracionista, havendo entendimento de que o diferencial entre os dois últimos é a existência de um órgão de caráter supranacional. Machado defende que o Direito Comunitário é um Direito de Integração aperfeiçoado, evoluído¹⁶ e que quanto maior a integração de um bloco, menor será a autonomia das partes que o integram¹⁷.

Os Estados, sejam eles pobres ou ricos, têm necessidade de participar, de se relacionar e eles assim o fazem por intermédio dos tratados, expressão aqui utilizada em sentido amplo. O desnível socioeconômico e cultural dos protagonistas e a complexidade das relações avultam a boa vontade política dos Estados para fazer valer as obrigações a que se comprometeram perante a sociedade ou a comunidade internacional, com reflexos positivos ou negativos na vida dos seus cidadãos. O grande desafio é solucionar eventual conflito entre os “direitos” neste

¹⁴ MACHADO, Diego Pereira, DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da integração, direito comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 27.

¹⁵ FERREIRA, María Carmem, OLIVEIRA, Julio Ramos. *Las relaciones laborales en el Mercosur*. Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, 1997, p. 10.

¹⁶ MACHADO, Diego Pereira. *Direito internacional e comunitário para concurso de juiz do trabalho*. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 215.

¹⁷ MACHADO, Diego Pereira, DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Ob.cit., p. 27.

item discriminados, sem que o Estado perca soberania, prestígio e confiabilidade perante a ordem internacional.

4 MONISMO X DUALISMO

A aplicabilidade dos tratados internacionais depende do modo pelo qual eles são aceitos e incorporados ao sistema normativo nacional, resultando disto, sua posição no sistema da hierarquia das leis.

A doutrina se divide em dois posicionamentos no que se refere ao relacionamento entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno: o monismo e o dualismo. O primeiro deles defende que existe a possibilidade de uma simplificação das ordens jurídicas concorrentes à unidade normativa¹⁸. É o DIP e o Direito Interno integrando uma ordem jurídica universal, coexistindo normas nacionais e internacionais num mesmo sistema jurídico. Os seus defensores não são homogêneos, abrindo uma fenda na doutrina em monismo com primazia do Direito Internacional e monismo com primazia do Direito Interno (o Direito Interno não pode ficar à mercê do sistema internacional, oferecendo risco à soberania estatal).

O monismo internacionalista radical de Kelsen sustenta que o conflito entre a norma interna e a internacional causa a nulidade daquela, ganhando destaque tal posicionamento com o teor do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT): uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado¹⁹.

Frente essas doutrinas extremas, há uma tese diferenciada, qualificada por Verdross de monismo moderado, defendida por inúmeros teóricos como a que melhor reflete a prática jurídica contemporânea. Tal proposição defende a possibilidade de conflitos entre o Direito Internacional e o Direito Interno, sendo que tais conflitos não têm caráter definitivo e encontram sua solução na unidade do sistema jurídico²⁰. Desta forma, se busca harmonizar a necessidade de afirmação

¹⁸ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Constituição europeia e soberania nacional*. Leme: J.H. Mizuno, 2006, p. 161.

¹⁹ VIENA, *Convenção de Viena sobre o direito dos tratados* (1969). Disponível em: < <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm> >. Acesso em: 11 nov. 2011.

²⁰ VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1980, cap. 2.

soberana do Estado com o universalismo do Direito Internacional²¹, inexistindo padronização.

O dualismo sustenta que o problema do monismo é a falta de homogeneidade entre o Direito Internacional e o Direito Nacional que possibilite a propalada redução normativa, uma vez que suas origens, seus institutos, suas instituições, seus meios de coação e de resolução de conflitos são distintos²². No dualismo, as ordens jurídicas nacional e internacional são autônomas, e cada uma delas fixa as condições para que uma norma pertencente à ordem externa possa ser integrada à própria ordem²³. A criação, modificação e extinção das normas internacionais dependem de vontades soberanas, enquanto as normas internas representam a manifestação singular da vontade soberana. Assim, não basta que um tratado seja ratificado. É preciso a aprovação de uma lei (dualismo radical) ou outro ato normativo de validação (dualismo moderado)²⁴.

A adoção pelo sistema radical ou moderado não tem grandes consequências práticas. O que importa é a exigência constitucional da ingerência parlamentar para a validade de um tratado internacional. Consta-se que o dualismo pode inviabilizar iniciativas de cooperação e integração, tornando a supranacionalidade uma quimera.

5 SOBERANIA COMPARTILHADA

Soberania já foi objeto do presente trabalho no item dois, tendo-se concluído que houve uma flexibilização ou relativização do seu conceito com o passar do tempo.

Os Estados têm receio de compartilhar sua soberania, ou seja, de transferir competências, por entenderem que podem perdê-la total ou parcialmente, se assim o fizerem.

A eficácia das normas internacionais dependerá da maneira pela qual as normas nacionais lhes deem efeito. Os Estados atuam por intermédio de seus Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) também sujeitos ao respectivo

²¹ NUNES, Paulo Henrique Farias. *Direito internacional: introdução crítica*. Goiânia: Asoec – Universo, 2011, p. 249.

²² LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Ob. Cit., p. 162.

²³ Ibidem

²⁴ NUNES, Paulo Henrique Farias. Ob. cit., p. 248.

ordenamento jurídico interno. É de fundamental importância que este não crie barreiras para aplicação das normas internacionais e que preveja regras a serem adotadas em caso de conflito entre uma esfera e outra.

É inconteste a proliferação de tratados e normas internacionais fazendo pressão sobre os Estados no sentido de se adaptar o conceito de soberania à nova realidade dos processos integracionistas (blocos regionais), geradores de normas supranacionais; geradores do Direito Comunitário que se destina a reger as relações recíprocas dos cidadãos, das instituições comunitárias e dos Estados membros, que é integrado por um conjunto de normas constantes dos Tratados (convenções), denominado direito originário, e pelas disposições decorrentes dos atos emanados das Instituições Comunitárias (regulamentos, diretivas), denominado direito derivado²⁵.

Patrícia Ribeiro alerta para o fato de que²⁶:

(...) a soberania internacional não anula a soberania nacional, sendo ambas poderes supremos em suas respectivas esferas. As entidades supranacionais não eliminam o caráter de sujeitos de Direito Internacional dos Estados-membros, mas somente limitam o exercício da prerrogativa de entes soberanos nos setores de atividades inerentes ao processo de integração em que os Estados se encontram inseridos.

É tendência o abandono da soberania absoluta - incompatível com qualquer processo de integração - por uma noção de soberania relativa ou de mitigação de soberania, em que os Estados exercendo os seus direitos soberanos, criam um corpo de direito aplicável tanto a eles próprios quanto aos seus cidadãos²⁷. A regra comunitária, em se tratando do princípio da aplicabilidade imediata, dispensa recepção ou nacionalização para que produza efeito no território do respectivo Estado-membro. Quanto ao princípio do efeito direto, significa a criação de direitos e obrigações para os particulares, passíveis de invocação perante os Tribunais internos, seja de um particular frente ao Estado ou uma Autoridade Comunitária (efeito direto vertical), seja entre um particular e outro (efeito direto horizontal)²⁸.

²⁵ ARAÚJO, Nádia. O conceito de espaço público aplicado à atuação institucional do tribunal de justiça da união europeia. *Direito, Estado e Sociedade. Revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, n. 7, julho / dezembro 1995, p. 35-49.

²⁶ RIBEIRO, Patrícia Henriques. Ob. cit., p. 36.

²⁷ TAVARES, Horta Fernandes. *O direito da união europeia: autonomia e princípios*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2011.

²⁸ FERNANDES, Antônio José. *A comunidade europeia: estrutura e funcionamento objectivos e actividades*. Lisboa: Presença, 1992, p. 12-14.

O Direito Comunitário não visa substituir o Direito Interno, tampouco o Internacional. Enquanto as autoridades comunitárias estão sujeitas unicamente ao disposto no Ordenamento Comunitário, as internas devem atender às exigências deste e do Direito Nacional. Não existe negativa da soberania, mas sim, o reconhecimento de um poder acima do soberano: o supranacional. Reis destaca o posicionamento do jurista argentino Roberto Dromi quanto a essa relação entre o processo de integração e a noção de supranacionalidade ao dispor que²⁹:

O processo de integração se caracteriza pela existência de organismos supranacionais que fixam, preparam ou coordenam normas que hão de reger a ação dos Estados integrados. A integração gera uma comunidade jurídica, um direito próprio comum que não é um direito estrangeiro nem exterior.

A supranacionalidade vem socorrer os Estados como meio de solucionar o conflito entre o conceito tradicional de soberania e as necessidades da integração, sejam elas sociais, econômicas, políticas, jurídicas ou culturais. Os membros negociam em quais áreas atuarão conjuntamente. Acordes com isso, atribuem competências aos órgãos comunitários, daí surgindo a idéia de soberania compartilhada, pois a comunidade passa a ser o espaço comum entre os países, do qual todos participam exercendo seu poder soberano³⁰. Aceita-se que algumas das competências estatais sejam exercidas exclusivamente pelos órgãos comunitários. Assim, referentemente às áreas que extrapolem o acordo, o Estado não se submete a nenhum órgão, havendo cooperação internacional. Já no que se refere às competências delegadas, há de fato integração³¹, ressaltando que não é a comunidade quem define suas atribuições; ao contrário, elas são definidas pelos Estados (princípio da subsidiariedade).

Existem características que sobressaem na supranacionalidade: i) há instâncias de decisão independentes do poder estatal (sistema jurisdicional que tem a colaboração dos Tribunais internos dos Estados-membros, como fiscais da aplicação do ordenamento jurídico comunitário e viabilizadores do sistema de integração); ii) o modelo de resolução de conflitos tem por base a decisão

²⁹ DROMI: 1995, 66, *apud* REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66.

³⁰ FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. Efeito direto das normas comunitárias. Um ensaio sobre o futuro da experiência brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2139, 10 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12807>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

³¹ *Ibidem*.

majoritária, com a transferência de soberania à autoridade comum; iii) objetivos comuns aos membros interessados na formação da comunidade (por tratado), sobrepondo-se esses objetivos a qualquer outro interesse estatal individualmente considerado, sem abandonar a ideia de que os órgãos comunitários não são superiores aos Estados. As matérias ditadas pela comunidade, objeto da delegação de competências estatal é que são hierarquicamente superiores às normas nacionais sobre mesmo tema.

6 BRASIL: RECEPÇÃO E EFICÁCIA DA NORMA INTERNACIONAL NO SISTEMA JURÍDICO INTERNO

Antes de adentrarmos no conteúdo deste item, faz-se mister algumas observações quanto às noções de Tratado e de aplicabilidade direta da norma comunitária.

Tratado é definido por Rezek como o acordo formal concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público, e destinado a produzir efeitos jurídicos³², contidos nesta definição as convenções, os acordos, os pactos e os ajustes internacionais que difere do Tratado instituidor da comunidade.

Para a primeira espécie (acordo formal entre sujeitos de Direito Internacional Público), surge o problema da incorporação ao direito interno, enfrentado pelo Direito dos Tratados, que trata de questões como monismo e dualismo (vide item quatro) e a prevalência do Direito Interno ou Internacional.

No estudo do Direito Internacional Público, costuma-se entender o processo de elaboração de um Tratado desdobrando-o em duas fases distintas. Na primeira, o Estado atua em conjunto com outras pessoas internacionais. É dividida também em duas etapas. Primeiro, tem-se a negociação, quando se credenciam os representantes de cada país signatário, define-se a sede de negociação, o tipo de acordo e ainda se nomeia o responsável pela troca ou depósito dos instrumentos de ratificação. Após essa fase, que se opera nos planos interno e externo e conclui-se pela apresentação do projeto, passa-se ao segundo ato, que é a assinatura, que

³² REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 13.

pode se dar, inclusive, sob reservas, se não houver acordo sobre determinado ponto da negociação.

Firmado o projeto, o Tratado mostra-se perfeito, válido e exigível na ordem internacional. Passa-se, então, à segunda fase de seu processo de elaboração e validade, estabelecida dentro do território do Estado, que realiza os atos isoladamente. É a etapa facultativa, visto que depende da regulamentação constitucional dada por cada ordenamento jurídico e que o diferencia da teoria geral europeia das normas comunitárias³³.

Nos sistemas que dispensam a exigência da ratificação, o processo de elaboração e validade de um Tratado encerra-se com o ato da assinatura.

A sistemática adotada no direito brasileiro tem por imprescindível a ratificação, a promulgação, a publicação e o registro do Tratado. A ratificação é cumprida através da edição de um decreto legislativo pelo Congresso Nacional, seguindo-se a promulgação por um decreto do Poder Executivo, a publicação no Diário Oficial da União e nos Anais do Itamaraty e o registro, momento este em que o Estado ou o organismo internacional signatário consolida sua responsabilização completa pelo cumprimento das regras estatuídas no Tratado³⁴.

A Constituição brasileira prevê em seu art. 5º, § 1º³⁵:

Art. 5.º (...)

§ 1.º *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3.º *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.*

§ 4.º (...), (grifo meu).

A Suprema Corte brasileira se pronunciou no sentido de que o Brasil adota a teoria dualista moderada (requer procedimento e não lei específica para a

³³ FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. Ob. cit

³⁴ ARIOSI, Mariângela F. O iter procedimental da recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5943>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

internalização das regras de Direito Internacional). Neste sentido é o seguinte julgado³⁶:

(...) Relações entre o direito internacional, o direito comunitário e o direito nacional do Brasil - Princípios do efeito direto e da aplicabilidade imediata - Ausência de sua previsão no sistema constitucional brasileiro - *Inexistência de cláusula geral de recepção plena e automática de atos internacionais, mesmo daqueles fundados em tratados de integração* - Recurso de agravo improvido. A recepção dos tratados ou convenções internacionais em geral e dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul está sujeita à disciplina fixada na Constituição da República, (grifo meu).

Defende Márcio Barbosa³⁷ que a disciplina constitucional referida na ementa acima se faz necessária porque as regras (de direito externo e de direito interno) estão em planos diversos e separados, podendo ocorrer que uma regra estabelecida em um Tratado internacional incorporado ao direito brasileiro seja revogada por lei ordinária posterior, já que o próprio Supremo Tribunal Federal equipara o Tratado à lei federal ordinária e, mesmo assim, o Brasil continuar sendo parte desse Tratado na seara internacional, respondendo por seus atos perante a comunidade internacional. Entendemos que Márcio se contradiz ao continuar a defesa de seu argumento quando assevera que:

(...) a regra vigente de revogação de lei anterior pela lei posterior é princípio assente no nosso sistema jurídico e aplicável ao ordenamento como um todo. Com isso também fica claro que os dois sistemas – o interno e o internacional — são separados, pois ocorre, muitas vezes, do Brasil continuar obrigado internacionalmente por dispositivo de tratado (*posto que seu "parceiro" não foi comunicado da modificação*) enquanto a legislação interna já o modificou, (grifo meu).

Assim, discordamos de tal posicionamento, posto não haver como tratar o tema de forma estanque. Se a ciência da modificação legal pelo “parceiro” é fato gerador da desobrigação do pacto, os compromissos internacionais simplesmente não existem, tendo a lei interna o condão de revogar, ou como querem alguns estudiosos, tornar sem efeito os Tratados. A recepção pelo ordenamento jurídico

³⁶ *Carta Rogatória 8279*. Agravo Regimental na Carta Rogatória /AT- Argentina, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 17/06/1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: Diário da Justiça de 10-08-00. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279.NUME.+OU+8279.ACMS.%29%28PLENO.SESS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

³⁷ JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3014, 2 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20109>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

brasileiro de um Tratado, se não for quanto a Direitos Humanos, é equiparado à lei ordinária, não tendo *status* de Emenda Constitucional.

Apesar de não ser o foco do presente trabalho, cabe enfatizar que há quatro correntes quanto à hierarquia dos Tratados de Direito Humanos: i) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; ii) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; iii) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; iv) a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

A Justiça brasileira adota o posicionamento de que em não sendo eles aprovados sob o quórum de emenda (3/5), estão submetidos à supremacia constitucional, gozando de privilégio frente à legislação ordinária. Denominando-se norma "supralegal", a que se põe abaixo da Constituição e acima da lei pátria (vide Recurso Extraordinário nº 466.343/SP)³⁸.

Decidiu, recentemente, o Supremo Tribunal Federal quanto à internalização das normas de direito externo³⁹:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, *nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias*, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. *No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno*, (grifo meu).

Conclui-se que o Brasil não está preparado constitucionalmente para integrar-se, inexistindo no ordenamento o princípio da primazia do Direito Comunitário, sendo importante destacar, no entanto, a existência de uma autoridade supranacional, o Tribunal Penal Internacional, em que houve transferência de competências soberanas, art. 5º, § 4º, da Constituição Federal brasileira, *in verbis*: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

³⁸Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343.NUME.+OU+466343.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

³⁹ *Reclamação nº 11243 / REPÚBLICA ITALIANA*. Relator: Min. GILMAR MENDES. Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 08/06/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação PROCESSO ELETRÔNICO. DJe-191 DIVULG 04-10-2011. PUBLIC 05-10-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=80004&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

Finalmente, respondendo a pergunta-tema do presente trabalho, a supranacionalidade é ficção na República Federativa do Brasil, havendo necessidade de amadurecer a ideia de efetivação do processo de integração, emendando a Constituição de forma a inserir o instituto da supranacionalidade, como ocorreu com a Argentina na Reforma Constitucional de 1.994.

7 SUPRANACIONALIDADE E O MERCOSUL

Os estudiosos alertam para uma aparente contradição entre os artigos 40 e 42 do Protocolo de Ouro Preto⁴⁰. O primeiro deles estabelece que, uma vez aprovada a norma, os Estados membros adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional, que entrará em vigor simultaneamente nos Estados, mas apenas após todos comunicarem sua incorporação à Secretaria Administrativa do Mercosul. O segundo prescreve que:

As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2º deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.

A questão que se coloca é se é ou não exigida a prévia incorporação das normas do Mercosul para que estas gerem direitos e obrigações nos limites internos dos Estados partes.

A resposta ao questionamento acima está no artigo 2º do referido Protocolo: “são órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL”. Inexistem na estrutura mercosulina instituições supranacionais, mas órgãos de natureza intergovernamental, cujas decisões se amparam no princípio da cooperação entre os Estados membros e, apesar de seu caráter imperativo, não constituem qualquer óbice à existência de normas internas que lhes sejam incompatíveis ou que as revoguem. As decisões do bloco econômico estão submetidas à vontade política dos Estados-membros, sendo imprescindível o

⁴⁰Mercosul. *Protocolo de Ouro Preto*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Ouro%20Preto_PT.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2011.

consenso, o que prejudica o desenvolvimento integracionista. Em decorrência da adoção da intergovernamentalidade as normas produzidas no âmbito integracionista devem ser internalizadas para produzirem efeitos jurídicos. Não há distinção entre adotar no ordenamento jurídico nacional normas advindas do Mercosul ou aquelas produzidas nas relações com terceiros países⁴¹.

Argentina e Paraguai foram positivamente influenciados pela União Europeia, inserindo os conceitos de supranacionalidade em suas Constituições, fato este que indica uma forte tendência no sentido de se submeter conflitos de interesses a órgãos externos, com jurisdição comum aos Estados-membros integrantes do bloco.

A Constituição da Argentina no inciso 24 do Artigo 75 estabelece que⁴²:

Corresponde al Congreso: Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes^[10].

Além de consagrar a supranacionalidade, o Constituinte argentino elegeu o regramento jurídico supranacional a hierarquia superior a das leis internas, demonstrando interesse na formação e na vivência comunitária.

A Constituição da República do Paraguai, em seu artigo 145 preconiza⁴³:

La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara Del Congreso.

A despeito de se admitir uma ordem jurídica supranacional, não há previsão expressa de delegação de poderes soberanos a organismos comunitários, o que é totalmente dispensável, pois não existe supranacionalidade sem delegação.

Vale salientar que tanto a Constituição Argentina, quanto a Paraguaia, apesar de consagrarem a criação de órgãos supranacionais, não atribuíram aplicabilidade

⁴¹ MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Ob. cit., ps. 78-80.

⁴² ARGENTINA. *Constitución de La Nación Argentina* (1994). Disponível em: < <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em 02 dez. 2011.

⁴³ PARAGUAI. *Constitución de la República de Paraguay* (1992). Disponível em: < http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em 02 dez. 2011.

direta e efeito direto às normas do Mercosul uma vez que condicionaram sua vigência à aprovação por maioria absoluta de suas Câmaras Legislativas.

A Constituição do Uruguai inseriu, em 2004, um novo inciso em seu artigo 6º, prevendo que⁴⁴:

En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

Constata-se que não há previsão sobre supranacionalidade, mas apenas de formação de blocos econômicos.

Quanto ao Brasil, dele se ocupou o item seis do presente trabalho.

A real implantação de um mercado comum implica em substanciais modificações nas esferas governamental e populacional, abandonando-se a regra do consenso, para se adotar a da maioria, deixando as normas de serem intergovernamentais para serem supranacionais, fazendo-se necessária a criação de um Tribunal para o exame das questões comunitárias. Tal fato implicaria em uma mudança radical em dois aspectos: a admissão que a norma comunitária seria superior à norma nacional; o segundo seria admitir a competência desse Tribunal sobre questões ocorridas dentro do território nacional, aspectos esses que colidem com a Constituição brasileira e uruguaia⁴⁵.

Após tais observações, é possível responder a pergunta-tema do presente trabalho no sentido de que a supranacionalidade é ficção no MERCOSUL.

8 SUPRANACIONALIDADE E A UNIÃO EUROPEIA

No Direito Comunitário Europeu, o princípio geral da supremacia e de sua aplicabilidade direta e imediata foi definido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça

⁴⁴ URUGUAI. *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (2004). Disponível em: <<http://www.presidencia.gub.uy/wps/wcm/connect/presidencia/portalpresidencia/normativa/constitucion-de-la-republica>>. Acesso em 02 dez. 2011.

⁴⁵ WINTER, Luís Alexandre Carta. *Direito Internacional: Desenvolvimento e Integração*. Curitiba: Juruá, 2009, ps. 168-169

Europeu, pois não veio sistematizado de forma ordenada pelos tratados institutivos. Alguns dos mais célebres acórdãos são o de Van Gend & Loos, de 5 de fevereiro de 1963⁴⁶, que justifica a aplicabilidade direta do direito comunitário; o acórdão de Costaenel, de 15 de julho de 1964⁴⁷, que contém uma teoria geral das relações entre o direito comunitário e o direito interno e o acórdão de Simmenthal, de 9 de março de 1978⁴⁸, que reforça a obrigação de aplicar integralmente o direito comunitário em detrimento do direito interno dos Estados Membros, quer seja lei anterior ou posterior à regra comunitária. Essa lacuna viria a ser suprida com a aprovação do Tratado de Constituição Europeia, sistematizando toda a produção jurídica comunitária anterior⁴⁹.

Constata-se que o processo de formação da União Europeia não é assim tão recente, remontando aos meados do século XX, com a assinatura, em 18 de abril de 1951, do Tratado de Constituição da Comunidade Europeia do Carvão e Aço (CECA) por Itália, Alemanha, França, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, com o fito de colocar sob uma autoridade comum a produção franco-alemã de carvão e aço.

A partir de então, o que no início se demonstrava ser apenas uma conjugação de esforços de interesses puramente econômicos, passou a agregar novos conceitos e implicações até constituir a ideia hoje existente de Comunidade, cujo aspecto econômico é apenas uma parte, ainda que muito importante, do contexto em que se encaixa a União Europeia.

Thiago Ferreira alerta que⁵⁰:

(...) essa evolução não é alcançada num estalar de dedos, mas se exige que a organização supere sucessivos graus ou fases de integração, iniciando-se geralmente pelo estabelecimento de zonas de tarifas preferenciais para depois lograr uma zona de livre comércio, a união aduaneira, o mercado comum e, por fim, a união econômica e monetária. Toda essa linha evolutiva, contudo, deve estar atrelada a uma nova concepção da soberania: a supranacionalidade.

⁴⁶ EUROPA, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:EN:NOT>>. Acesso em 17 nov. 2011.

⁴⁷ EUROPA, *Flaminio Costa V E.N.E.L.* Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:EN:NOT>>. Acesso em 17 nov. 2011.

⁴⁸ EUROPA, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:EN:HTML>>. Acesso em 17 nov. 2011.

⁴⁹ CARNEIRO, Soares Chynthia. *O direito da integração regional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 37.

⁵⁰ FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. Ob. cit.

Se, pela regra geral de recepção dos tratados, que esteve sempre presente no estudo do Direito Internacional Público, eram os Estados que decidiam quando e como receber na ordem interna a disciplina normativa exterior, de acordo com a nova sistemática introduzida pelo Direito Comunitário, esse poder de decisão sai da esfera das autoridades nacionais e passa aos órgãos supranacionais, aos quais cabe instituir as novas regras de disciplina dentro do espaço comunitário.

O modelo europeu revolucionou o Direito Internacional com a criação de órgãos com poderes independentes dos Estados-membros, com objetivos integracionistas e capazes de ditar normas tidas como obrigatórias a todos os membros, tendo por pedra de toque a prevalência das decisões comunitárias sobre o interesse individual dos integrantes da comunidade. As normas nela produzidas são dotadas de primazia e aplicabilidade direta, contando com o auxílio de um Tribunal de Justiça permanente, responsável pela aplicação uniforme das regras comunitárias.

Com a transferência parcial de soberania às instâncias comunitárias, que ao lado dos Estados visam concretizar os objetivos integracionistas, houve a transferência de interesses políticos e de poderes normativos que antes faziam parte apenas das esferas nacionais. Não há na essência da União Europeia um posto político separado do povo. Ou um posto político que a separa de seus respectivos Estados-Membros e estes dos seus respectivos cidadãos⁵¹. Existe um verdadeiro paradoxo, posto ser impossível que cada decisão tomada pela União Europeia seja vantajosa para os seus vinte e sete membros concomitantemente. Compartilham-se bônus e ônus.

É dever do Estado o cumprimento e a aplicação do Direito Comunitário na ordem interna. Em consequência, as disposições comunitárias podem produzir efeitos jurídicos por si mesmas, criando direitos e obrigações sem necessidade de normas nacionais para sua aplicação, podendo os particulares fazer valer ante os poderes públicos nacionais os direitos que derivam das normas comunitárias, devendo estes assegurar e proteger os direitos individuais.

A União Europeia, referência do Direito Comunitário, obviamente tem seus problemas, dentre eles: a falta de homogeneidade no grau de adesão de transferência de soberania; o elevado número de Estados-Membros (vinte e sete) e

⁵¹ JUNQUEIRA, Bráulio. *A institucionalização política da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 165.

o grande número de subentidades (Banco Central Europeu, Banco Europeu de Investimentos, Polícia Europeia, Ofício de Luta Antifraude ao orçamento comunitário, Coordenação de órgãos judiciais nacionais para aperfeiçoamento da cooperação judicial).

Retomar a ideia de mercado que se complementa em abandono à de mercado concorrencial e a implementação e o reconhecimento de direitos políticos e sociais no seio da Comunidade são grandes desafios a serem transpostos.

A resposta a pergunta-tema lança mão de um interessante trecho da tese de doutorado de Alexandre Pagliarini: “A soberania é um dogma referente à verdade de outros tempos. E, portanto, abstração a ser superada pela supranacionalidade. *Desta forma, para a Europa, vale o seguinte epitáfio: Aqui jaz a soberania*”⁵², (grifo meu).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Soberania é um conceito flexível, variável de acordo com a ordem vigente e que foi moldado com os grandes impactos mundiais, podendo-se destacar como o mais recente deles a globalização.

Países poderosos (e os nem tanto) concluíram que integrar-se é uma necessidade. Mais do que isso, é uma questão de sobrevivência. Entretanto, para que se forme uma comunidade é preciso haver objetivo e política comuns; é preciso haver regras, predisposição para criá-las e para obedecê-las, respeito às diferenças e, principalmente, atitude no sentido de abdicar de parcela do poder.

O isolacionismo é uma doutrina tacanha e ultrapassada. Mais do que integrar-se, é preciso garantir meios de se fazer cumprir os acordos, mantendo as alianças, conquistando confiabilidade interna e externa. Hodiernamente, não é aceitável que um Estado ou uma Comunidade se identifique como supranacional sem que haja compartilhamento de soberania.

A Europa provou para o mundo, a despeito de inevitáveis problemas diante do caráter multifacetado da Comunidade, que a transferência de parcelas soberanas não aniquila ou subjuga os Estados-Membros, mas cria fortes aliadas na persecução

⁵² Pagliarini, Alexandre Coutinho. *A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 141.

dos objetivos e da política comuns: as instâncias comunitárias, potencializando a resolução de conflitos entre os partícipes e prestigiando a sociedade civil estando tanto um, quanto outro, submetidos ao ordenamento jurídico comunitário.

É sabido que cada processo de integração deve criar o seu próprio modelo, observando suas características geográficas, econômicas e culturais, podendo-se, a partir da experiência europeia, promover as devidas adaptações.

As maiores dificuldades a serem vencidas para que ocorra compartilhamento de soberania no Mercosul são o caráter personalista dos Chefes de Estado somado ao receio de tomada de medidas impopulares e as necessárias reformas constitucionais, com harmonização das Cartas Políticas de todos os Estados-Membros (especialmente Brasil e Uruguai), fazendo prever a supranacionalidade, suprimindo a carência de um sistema normativo de força executiva, com punição ao Estado infrator.

As autoridades costumam rejeitar a ideia de se criar um organismo ou um órgão a que tenham que se submeter. Elas têm preferência em continuar no controle, ainda que isso seja custoso social, política e economicamente. O Parlamento e a opinião pública têm papel fundamental nas relações de poder, sendo a informação instrumento indispensável para a sociedade civil.

Já no que se refere à União Europeia, os grandes desafios advindos da supranacionalidade são reconfigurar a soberania dos Estados sem que percam a sua identidade, desvendando de forma mais eficaz os limites entre a atuação comunitária e a competência nacional, com a implementação e o reconhecimento de direitos políticos e sociais no seio da Comunidade. Aproximar o cidadão de suas instituições, na tentativa de sanar o propalado déficit democrático da Comunidade, é outra grande dificuldade a ser transposta, além da retomada da ideia de mercado que se complementa em abandono à de mercado concorrencial.

Conclui-se que há problemas em comum a serem solucionados por ambos os “blocos”, com destaque para aqueles focados no *quid* do regime democrático, o cidadão.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ARAÚJO, Nádia. O conceito de espaço público aplicado à atuação institucional do tribunal de justiça da união europeia. *Direito, Estado e Sociedade*. Revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 7, julho / dezembro 1995.

ARGENTINA. *Constitución de La Nación Argentina* (1994). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em 02 dez. 2011.

ARIOSI, Mariângela F. O iter procedimental da recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5943>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Supremo Tribunal Federal (STF)*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 02 dez. 2011.

_____. *Supremo Tribunal Federal (STF)*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343.NUME.+OU+466343.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 02 dez. 2011.

CARNEIRO, Soares Chynthia. *O direito da integração regional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DROMI: 1995, 66, *apud* REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Europeia e Constituição*: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

EUROPA, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:EN:HTML>>. Acesso em 17 nov. 2011.

_____. *Flaminio Costa V E.N.E.L*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:EN:NOT>>. Acesso em 17 nov. 2011.

- _____. *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:EN:NOT>>. Acesso em 17 nov. 2011.
- FERNANDES, Antônio José. *A comunidade europeia: estrutura e funcionamento objectivos e actividades*. Lisboa: Presença, 1992.
- FERREIRA, María Carmem, OLIVEIRA, Julio Ramos. *Las relaciones laborales en el Mercosur*. Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, 1997.
- FERREIRA, Eddington Rocha Alves dos Santos. A mitigação da soberania estatal em prol da efetividade da proteção internacional aos direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2943, 23 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19617>>. Acesso em: 3 nov. 2011.
- FERREIRA, Thiago José Milet Cavalcanti. Efeito direto das normas comunitárias. Um ensaio sobre o futuro da experiência brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2139, 10 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12807>>. Acesso em: 13 nov. 2011.
- FRANÇA, *Constitution de 1791*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutionsdelafrance/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 23 out. 2011.
- JÚNIOR, Márcio Mateus Barbosa. A cooperação jurídica internacional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3014, 2 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20109>>. Acesso em: 3 nov. 2011.
- JUNQUEIRA, Bráulio. *A institucionalização política da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2008.
- LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Constituição europeia e soberania nacional*. Leme: J.H. Mizuno, 2006.
- MACHADO, Diego Pereira. *Direito internacional e comunitário para concurso de juiz do trabalho*. São Paulo: Edipro, 2011.
- MACHADO, Diego Pereira, DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da integração, direito comunitário, Mercosul e União Européia*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MERCOSUL. *Protocolo de Ouro Preto*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/porta1%20intermediario/Normas/Tratado%20e%20P rotocolos/Ouro%20Preto_PT.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2011.
- NUNES, Paulo Henrique Farias. *Direito internacional: introdução crítica*. Goiânia: Asoec – Universo, 2011.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PARAGUAI. *Constitución de la República de Paraguay* (1992). Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em 02 dez. 2011.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Horta Fernandes. *O direito da união europeia: autonomia e princípios*. Disponível em:

<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf>
Acesso em: 14 nov. 2011.

URUGUAI. *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (2004). Disponível em: <<http://www.presidencia.gub.uy/wps/wcm/connect/presidencia/portalpresidencia/normativa/constitucion-de-la-republica>>. Acesso em 02 dez. 2011.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1980.

VIENA, *Convenção de Viena sobre o direito dos tratados* (1969). Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

WINTER, Luís Alexandre Carta. *Direito Internacional: Desenvolvimento e Integração*. Curitiba: Juruá, 2009.

A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

THE SUBSIDIARY RESPONSABILITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION IN RELATION TO THE DOCKET 331 FROM TST

RENATA LINS CORRÊA LIMA*
LUCIANA VILAR DE ASSIS**

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar, à luz dos preceitos constitucionais, a responsabilidade da Administração Pública nos contratos de terceirização quando a prestadora de serviços contratada não adimplir com os encargos trabalhistas dos seus empregados. O § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, dispõe que a Administração Pública não será responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas quando a empresa por ela contratada não adimplir a dívida. O Tribunal Superior do Trabalho, adequando-se ao entendimento da Suprema Corte, alterou a redação da Súmula 331 para prevê que a responsabilidade será subsidiária se restar configurada a culpa do ente estatal pelo inadimplemento. A Constituição da República, por sua vez, consagra a responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, dispõe que, para que o Estado se responsabilize por um dano causado, é necessário apenas comprovar sua atuação e o nexo causal entre esta e prejuízo.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade. Estado.

ABSTRACT

The following article aims to analyse, in light of the constitutional provisions, the responsibility of Public Administration in the outsourcing contracts when the contracted service provider does not pay for the labor charges of their employees. The § 1 from article 71 of the Law 8666/93, which was declared constitutional by the Supreme Court, provides that government shall not be liable for payment of labor money when the contracted company does not settle the debt. The Superior Labor Court, adapting to the understanding of the Supreme Court altered the text of the docket 331 to provide that the responsibility will be subsidiary if the stataal being's guilt for the noncompliance remains configured. The Constitution, in turn, establishes strict liability of the state, i.e., provides that, for the state to take responsibility for

*Graduanda em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). Correio eletrônico: renatashalom@gmail.com.

**Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora das Disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico da FESP. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça da Paraíba. e-mail: lvilar@ibest.com.br.

damage caused, it is only necessary to prove its performance and the causal link between this and the injury.

Keywords: Outsourcing. Responsibility. State.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da terceirização tornou-se ferramenta importante para as empresas do mundo moderno. A sobrevivência no mercado globalizado exige, cada vez mais, a redução dos custos de produção e a boa qualidade nos produtos e serviços prestados. Terceirizar as atividades secundárias para que a empresa possa concentrar seus esforços na atividade principal, tem garantido não só a capacidade de concorrência da mesma, mas também a redução dos custos.

Terceirização, pois, consiste na contratação de uma empresa, denominada prestadora de serviços, para executar serviços não essenciais de outra, denominada tomadora de serviços. Nesse contexto, é certo que os empregados que realizam os serviços terceirizados possuem vínculo com a empresa prestadora, sendo esta responsável pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, ficando, porém a cargo da empresa tomadora a responsabilidade subsidiária pelos encargos destes empregados quando a prestadora não tiver condições de fazê-lo.

Todavia, quando a tomadora dos serviços é a Administração Pública, outra é a forma de responsabilidade caso haja inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. É que, o § 1º, do artigo 71, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, expressamente prevê que o ente estatal não responderá pelas dívidas trabalhistas quando a empresa prestadora não cumprir sua obrigação.

A Justiça do Trabalho, adequando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, reformou a redação da Súmula n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), e, nos seus incisos IV e V, reconheceu a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas dos empregados da empresa por ela contratada apenas nos casos em fique comprovado que o inadimplemento se deu por sua culpa.

Ocorre que, na Constituição brasileira, em seu artigo 37, § 6º, está consagrada a responsabilidade objetiva do Estado. Ou seja, não há que se exigir

prova da existência de culpa para que o Poder Público seja responsabilizado pelo dano causado a terceiro. Comprovada a atuação do Estado e o nexo causal entre esta e o prejuízo, a responsabilidade deve ser imputada ao ente estatal.

Dessa forma, o § 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93 e a nova redação da Súmula n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho parecem conflitar com o preceito constitucional da responsabilidade objetiva do Estado. Por esta razão inúmeras discussões vêm sendo levantadas acerca da matéria.

Em meio às incontáveis polêmicas a respeito da questão, se faz necessário realizar uma análise da adequação do referido dispositivo da Lei de Licitações com alguns princípios consagrados na Constituição da República, possibilitando sua aplicabilidade, mas em conformidade com os direitos e garantias dispostos na Carta Maior.

2 TERCEIRIZAÇÃO

A nova economia do mundo globalizado, com inovações relevantes na tecnologia e nos meios de produção, exige que as empresas se adequem ao modelo contemporâneo de competitividade e, essa exigência, faz surgir a necessidade essencial de redução dos custos da produção. Para suprir a referida necessidade, as empresas, visualizando na redução dos custos um meio eficaz de aumento de suas capacidades de competitividade, criaram novos meios de negociações.

Nesse cenário, o fenômeno da terceirização surgiu trazendo uma nova forma de contratação de mão-de-obra, prometendo redução dos gastos e maior eficiência na produção dos produtos e prestação dos serviços. A respeito do assunto, Barros (2007, p. 441) menciona que: “Passou-se, então, a sugerir um modelo contraposto, cujo traço distintivo era o recurso a diversas modalidades de emprego chamadas flexíveis, entre as quais se inclui a terceirização”.

Costa (2010, p. 97) explica como se desenvolveu este modelo contraposto:

Pequenas e médias empresas passaram a se especializar no fornecimento de mão-de-obra, com o intuito de atender aos anseios das grandes empresas e das transnacionais, anseios estes no sentido de reduzir os encargos trazidos pelos empregados diretos.

Para Delgado (2011, p. 426), o instituto da terceirização

[...] provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador dos serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Pinto, Augusto e Pamplona Filho (2000, p. 500 apud PAMPLONA FILHO, 2002, p. 2) definem a terceirização como “a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida”.

Terceirização, pois, consiste na relação criada entre uma empresa que presta serviço (prestadora), outra que transfere para esta suas atividades secundárias (tomadora) e o empregado, este vinculado à empresa prestadora dos serviços.

A respeito das vantagens do referido instituto, considera Imhoff e Mortari (2005, p. 87) que “adotando a terceirização, a empresa poderá concentrar seus recursos e esforços na sua própria área produtiva, na área em que é especializada, melhorando a qualidade do produto e sua competitividade no mercado”⁵³.

No Brasil, este fenômeno, segundo Delgado (2011, p. 427), somente foi regulamentado na década de 1960 e início dos anos 70, com o Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei nº 5.645/70, restringindo-se ao âmbito estatal. Na década de 1970 é que surgiram as primeiras regulamentações normativas tratando-se, especificamente, da terceirização, como a Lei do Trabalho Temporário, Lei nº 6.019/74 e, posteriormente, a Lei nº 7.102/83, que tratou da terceirização no campo da vigilância bancária.

Como menciona o autor, as primeiras regulamentações do instituto da terceirização surgiram no âmbito da Administração Pública. Atualmente, com as relevantes alterações na sua atuação, o ente estatal vem intensificando as contratações de mão-de-obra terceirizada para a realização de atividades-fim,

⁵³ Sobre o assunto, e se posicionando a favor da terceirização no serviço público, Fernandes (1996, p. 132 apud SALVINO; FERREIRA, 2009, p. 135) destaca que: “A terceirização constitui, ao lado de outros instrumentos bastante em voga, uma possibilidade, no âmbito da Lei, estabelecida para redução da participação do Estado, em tarefas impróprias. Os limites desse instrumento permitem vislumbrar a fronteira final do serviço público, em precisa consonância com a atual política que vem sendo implementada pelo atual governo e cujas raízes no direito positivo pátrio, em breve completarão 30 anos de existência e, lamentavelmente, de incompreensão e inobservância”.

gerando inúmeras discussões e polêmicas acerca da legalidade deste instituto na Administração Pública como também da responsabilidade do ente estatal pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços.

1.1 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em que pesem as discussões a respeito da legalidade da terceirização na Administração Pública, é certo que esta prática não é novidade para o ente estatal, visto que está regulamentada desde 25 de fevereiro de 1967 quando da publicação do Decreto-Lei nº 200/67 que, em seu artigo 10, prevê a possibilidade de ampla descentralização da execução das atividades da Administração Federal e, no seu parágrafo 7º, dispõe que a Administração Pública procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato (BRASIL, 1967).

Posteriormente, em 1970, foi editada a Lei nº 5.645 que, no parágrafo único do seu artigo 3º, autoriza a execução indireta das atividades de transporte, conservação, custódia, conservação de elevadores, limpeza e outros por meio de contrato, nos termos do artigo 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67. Posteriormente, em 1997, a Lei nº 9.527, revogou esse parágrafo (BRASIL, 1970; BRASIL, 1997).

Apesar de não haver diferença no conceito de terceirização na Administração Pública e terceirização na empresa privada, é importante observar que, naquela, por força do artigo 37, XXI, da Constituição brasileira e da Lei nº 8.666/93, a contratação da mão-de-obra terceirizada se dá por meio de contrato administrativo, precedido de licitação.

Sobre o assunto, Di Pietro (2008, p. 325) destaca que:

O conceito é o mesmo para a Administração Pública que, com muita frequência, celebra contratos de empreitada (de obras e de serviços) e de fornecimento, com fundamento no artigo 37, XXI da Constituição, observadas as normas da Lei nº 8.666/93. Trata-se da execução indireta a que se referem os artigos 6º, VIII, e 10.

Tratando-se de execução indireta, impende destacar que, na terceirização, o ente estatal transfere apenas a realização material de determinadas atividades, permanecendo no controle da execução das referidas atividades, diferente da

concessão ou permissão de serviços públicos, pois, como dispõe Mello (2007, p. 680):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Assim, quando a Administração Pública concede a outrem a execução de um serviço público, transfere a este a responsabilidade de executá-lo em seu próprio nome, como menciona o autor. Todavia, na terceirização, o Estado assume, diretamente, todos os riscos da execução das atividades terceirizadas.

Nesse sentido, é fácil concluir que o ente estatal, terceirizando mão-de-obra, responde de forma direta e objetiva pelos danos que estes, na execução das atividades terceirizadas, causarem a terceiros, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Não é tão simples, porém, identificar de que forma responde o Estado quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. Há quem defenda sua responsabilidade objetiva, outros levantam a bandeira da responsabilidade subsidiária, o Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, recentemente, alterou a Súmula n. 331, que tratava da questão, adequando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES DE SERVIÇOS

Por força do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, é obrigatória a realização de licitação para a contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública. A Lei de Licitações, no seu artigo 71, dispõe que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é do contratado, ou seja, da empresa prestadora dos serviços, e, no parágrafo 1º do referido artigo, expressamente prevê a irresponsabilidade da Administração Pública nos casos de inadimplência das verbas trabalhistas.

Após incontáveis questionamentos e processos envolvendo a matéria, em um Incidente de Uniformização de Jurisprudência, abaixo mencionado, o Tribunal

Superior do Trabalho, no ano de 2000, alterou, por meio da Resolução nº 96, a redação do inciso IV da Súmula n. 331, passando a incluir o ente estatal como responsável subsidiário pelo pagamento dos encargos trabalhistas nos casos de inadimplemento das empresas terceirizadas. Na ocasião, restou ementado:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo nº 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta ao contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva, geradora de prejuízos a terceiros, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que causar danos a terceiros. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiros que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo (BRASIL, 2009).

Alterada a referida Súmula, a Justiça do Trabalho passou a reconhecer a responsabilidade da Administração Pública nos casos em que as empresas terceirizadas, contratadas pelo ente estatal, não cumprissem com suas obrigações trabalhistas, afastando, assim, a aplicabilidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, já declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta responsabilidade, porém, restaria reconhecida por meio da culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Ou seja, não cumprindo com seu dever de eleger, por meio do processo licitatório, a empresa que gozasse de maiores condições estruturais e econômico-financeiras para executar a atividade terceirizada e não exercendo seu

compromisso de fiscalizar, em todas as áreas, a realização das tarefas, a Administração Pública deveria sim arcar com os encargos trabalhistas não adimplidos pela prestadora dos serviços⁵⁴.

É importante ressaltar que o não cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada já configuraria, a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, sendo necessária a comprovação, por parte da Administração Pública, de que cumpriu com seu dever regular de fiscalizar as empresas. Não comprovando, presumir-se-ia a culpa pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas dos terceirizados.

Sobre a matéria, a Ministra Dora Maria da Costa, quando do julgamento do Recurso de Revista nº 1226/2004-039-12-00.3, pronunciou-se no seguinte sentido:

Assim a responsabilidade subsidiária configura-se em razão da aplicação ao caso das teorias da culpa *in eligendo* e *in vigilando* na contratação de empresa inidônea ou na falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços (Súmula 331, IV, desta Corte). Mesmo que, em tese, a observância do processo licitatório afastasse a culpa *in eligendo*, remanesce, ainda, a culpa *in vigilando*, já que competia ao tomador fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços por ele contratada. (BRASIL, 2007).

Delgado (2011, p. 445), analisando a compatibilidade da terceirização no Poder Público com o princípio do concurso público e a possibilidade de nulidade do ato nos casos de contratação irregular, dispostos na Constituição, também considera a possibilidade de se responsabilizar a Administração Pública pelos encargos trabalhistas:

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST. Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Carta de 1988.

Garcia (2010, p. 353) também acolhe a hipótese de responsabilidade do ente estatal:

⁵⁴ Com pensamento em sentido contrário, Torres (2009, p. 196) diz discordar do posicionamento da Justiça do Trabalho uma vez que a “responsabilização subsidiária por ela defendida exigiria a declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo da Lei nº 8.666/93. Ademais, a fiscalização a ser promovida pela Administração Pública é relativa ao objeto contratual e não aquela que deve ser promovida pela empresa em relação aos seus empregados.” E arremata dizendo que: “Diferentemente do que afirmam alguns julgados, não há culpa *in eligendo* por parte da Administração, sua escolha do contratado se dá nos parâmetros impostos pela legislação” (*sic*).

Quando o ente tomador dos serviços é a Administração Pública, mesmo com o disposto no art. 71 e § 1º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, na jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho, o tema encontra-se pacificado, como se verifica na atual redação do inciso IV da Súmula 331, determinada pela resolução 96/2000.

E acrescenta ainda que “o máximo que poderia admitir é a exclusão de transferência da responsabilidade principal, ou seja, solidária” (GARCIA, 2010, p. 353).

Reiterados julgados da Justiça Trabalhista, proferidos neste sentido, ensejaram a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, promovida pelo Distrito Federal, com o objetivo de se ver declarada a constitucionalidade do § 1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93 que, aparentemente, conflitava com o inciso IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

No julgamento da referida Ação Direta de Constitucionalidade, que ocorreu em 21 de novembro de 2010, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, considerou que, por causa do princípio da legalidade, “a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados” e, argumentou que, ainda que houvesse descumprimento do dever de fiscalizar, não haveria como o ente estatal ser automaticamente responsabilizado pelas verbas, pois não existe vínculo empregatício entre a Administração Pública e o empregado da contratada.

A ação foi julgada procedente tendo sido declarada a constitucionalidade do § 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93. O Supremo Tribunal Federal entendeu, assim, que o Tribunal Superior do Trabalho deveria analisar, no caso concreto, se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização por parte da Administração Pública e não mais presumir a culpa *in vigilando* baseada apenas no não pagamento das verbas trabalhistas pela empresa contratada. A partir daí, não restaram mais dúvidas acerca da constitucionalidade do dispositivo questionado, vinculando, assim, todas as decisões da Justiça ao que ali restara preceituado.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, adequando-se ao entendimento da Suprema Corte, em maio deste ano, modificou o inciso IV da Súmula n. 331, acrescentando, ainda, o inciso V que trata, especificamente, da responsabilidade da Administração Pública, nestes termos:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços

quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada (BRASIL, 2011a).

Dessa forma, expressamente desconsiderou que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada já pudesse gerar, automaticamente, a responsabilidade subsidiária do ente estatal, sendo necessário, a partir de então, a comprovação de que o não cumprimento dos encargos trabalhistas decorreu da falta de fiscalização das atividades terceirizadas por parte da Administração Pública.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho passou a julgar de acordo com a nova redação da Súmula n. 331, contrapondo-se ao seu entendimento anterior. O Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Relator do Recurso de Revista nº 82500-08.2008.5.21.0011, em que se discutia a aplicabilidade da responsabilidade subsidiária da PETROBRAS, quanto ao adimplemento dos encargos trabalhistas, num típico contrato de terceirização, reconheceu que:

No item V da Súmula 331 do TST ficou assentado que os entes da administração pública direta e indireta serão subsidiariamente responsáveis caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93.

No caso, o quadro fático delineado pelo e. Tribunal Regional não permite concluir pela ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, uma vez que o e. Tribunal Regional confirmou a condenação subsidiária da PETROBRAS com fundamento no inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Nesse contexto, não há como atribuir responsabilidade subsidiária à PETROBRAS impondo-se a sua exclusão da lide (BRASIL, 2011b).

Ocorre que, embora a questão pareça pacificada na jurisprudência, o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública apenas nos casos em se fique comprovada a sua conduta culposa, de acordo com o julgado acima, se contrapõe com a forma de responsabilidade civil do Estado adotada pela nossa Constituição no seu artigo 37, § 6º, provocando, ainda, questionamentos acerca da matéria resolvida pelo Supremo (BRASIL, 1988).

3 A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 6º DA CF/88

A responsabilidade nasce da obrigação jurídica de se reparar um prejuízo, sofrido por determinada pessoa, por causa da conduta omissiva ou comissiva daquele a quem se atribui o fato. No Código Civil, referido instituto encontra-se expressamente previsto no artigo 927 que dispõe a respeito da obrigação de reparo pelo dano causado por um ato ilícito.

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 1-2), aprofundando o sentido da palavra, mencionam que:

[...] tem origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Na esfera estatal, Pietro (2008, p. 607), a respeito do assunto aqui em apreço, argumenta que “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Todavia, nem sempre houve amparo legal para se responsabilizar o Estado pelos danos causados por seus agentes. É que, na época dos Estados absolutistas, a regra era a irresponsabilidade do Estado, posto que não se admitia a possibilidade de erro do soberano.

Esta teoria não vigorou por muito tempo. Evoluindo, passou-se a admitir a responsabilidade com culpa do Estado. Neste tipo de responsabilidade, os atos do Estado se dividiam em atos de império e atos de gestão. Carvalho Filho (2011, p. 502-503) explica que:

[...] aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.

Mais tarde, desconsiderou-se a diferença entre atos de gestão e de império e restou consagrada a Teoria da Culpa Administrativa. Para esta teoria, o prejudicado precisava comprovar apenas a ausência da prestação dos serviços para que o Estado fosse responsabilizado pelo dano causado.

Após a Teoria da Culpa Administrativa, surgiu ainda a Teoria da Culpa no Serviço, conforme Carvalho Filho (2011, p. 503), para se chegar à teoria adotada atualmente pelos Estados modernos, qual seja, a Teoria da Responsabilidade Objetiva.

Para a atual teoria, não há necessidade de se comprovar a culpa do Estado para que seja responsabilizado pelo dano causado. É essencial apenas que exista um nexo causal entre a atuação do ente estatal e o prejuízo sofrido. Ou seja, verificando-se que o dano ocorreu por causa de uma atuação do Estado, ainda que lícita, este fica obrigado a repará-lo.

Segundo Carvalho Filho (2011, p. 504):

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta de serviço, etc.

Apesar de não ser necessário o fator culpa para que surja a obrigação de reparar o dano, há que se considerarem as causas excludentes de responsabilidade. Quando configuradas, elas são capazes de excluir a responsabilidade do Estado. Dessa forma, se ficar comprovado que o dano ocorreu por motivo de força maior, por culpa exclusiva da vítima ou por culpa de terceiro, o ente estatal ficará isento da responsabilidade.

O Brasil adotou esta teoria. Nossa Constituição, no seu artigo 37, § 6º, expressamente prevê que tanto as pessoas jurídicas de Direito Público, quanto as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos causados por seus agentes a terceiros.

Meirelles (2010, p. 686), analisando a previsão constitucional, considera: “o exame deste dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão”.

A responsabilidade subsidiária, por sua vez, deve ser analisada em conjunto com a responsabilidade primária. Esta, de acordo com o pensamento de Carvalho Filho (2011, p. 520), é “atribuída diretamente à pessoa física ou jurídica a que pertence o autor do dano”, aquela, explica o mesmo autor, ocorre “quando sua configuração depender da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado.”

Assim, a responsabilidade do Poder Público, quando da inadimplência das verbas trabalhistas por parte da empresa contratada, é reconhecida caso a mesma, responsável primária, não tiver condições de cumprir sua obrigação, como prevê a Súmula n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse sentido, é importante reconhecer que agiu acertadamente a Justiça do Trabalho ao atribuir responsabilidade subsidiária ao ente estatal, posto que a obrigação primária pertence à empresa prestadora dos serviços, com quem o empregado terceirizado tem vínculo empregatício. Somente nos casos em que esta não tiver condições de adimplir a dívida é que deve o Estado ser responsabilizado por ela.

Ocorre que, além de prevê a responsabilidade subsidiária, a nova redação da Súmula n. 331 exige a prova de culpa para que o Poder Público seja responsabilizado pelo cumprimento da obrigação de adimplir as verbas trabalhistas dos empregados terceirizados.

Todavia, diante da responsabilidade civil do Estado prevista na nossa Constituição e do dever legal que o Poder Público tem de escolher, por meio de procedimento licitatório, a empresa que tenha maiores condições econômicas e financeiras para desenvolver as atividades terceirizadas e de, depois de celebrado o contrato, fiscalizar a execução dessas atividades, certo é que, se no desenrolar da prestação dos serviços, a empresa perde as condições de cumprir com suas obrigações, configurada está a falha do Poder Público, quer seja no processo de seleção da contratada, quer seja na fiscalização das atividades. Não há que se falar, pois, em comprovação de culpa, visto que a mesma deve ser presumida.

E é assim porque a Lei de Licitações, se devidamente observada pelo Estado, confere a este todas as garantias necessárias para que possa escolher, dentre as empresas concorrentes, aquela que preencha os requisitos necessários para a execução integral da atividade terceirizada, cumprindo com todas as suas

obrigações, inclusive e, principalmente, com o pagamento das verbas trabalhistas dos seus empregados.

Para Alexandrino e Paulo (2010, p. 550), no procedimento licitatório

[...] deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles propõem.

Nesse contexto, o artigo 31 da referida Lei, dispõe a respeito da documentação que deve ser exigida para que as concorrentes comprovem suas qualificações econômico-financeiras. Dentre seus incisos, há a previsão de que o Poder Público exija o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício financeiro das concorrentes, a certidão negativa de falência, como também garantia do valor estimado do objeto da contratação.

Tratando a respeito das cláusulas necessárias do contrato administrativo, após a escolha da empresa, o artigo 55 da Lei, no seu inciso V, prevê que o mesmo deve conter uma cláusula que estabeleça o crédito pelo qual correrá a despesa e, no inciso VI, as garantias oferecidas para assegurar a plena execução da atividade.

Além disso, o inciso III, do artigo 58, da Lei 8.666/93, confere à Administração Pública a prerrogativa de fiscalizar a execução do serviço. Adiante, no artigo 67, dispõe, expressamente, ser esta prerrogativa um dever da Administração. Não podendo, pois exonerar-se desta tarefa, posto que lhe é legalmente exigida (BRASIL, 1993).

Especificamente acerca da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas, considera Gemignani (2010, p. 17) que:

[...] exigir que a Administração Pública fiscalize o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado, não atende apenas ao direito de um indivíduo ou de um grupo de trabalhadores, mas visa proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental e seu significado como valor fundante da república brasileira, nos termos estabelecidos pelo inciso IV do artigo 1º da CF/88.

Dessa forma, diante das prerrogativas legais que ao Estado são concedidas para a escolha, no procedimento licitatório, de empresa idônea, e do seu dever de fiscalizar as atividades terceirizadas, não é razoável exigir a prova de culpa para que este se responsabilize pelas verbas trabalhistas quando a empresa por ele escolhida

não adimplir a dívida, visto que, nestes casos, fica evidente que o Estado deixou de cumprir com suas obrigações legais.

Assim, no que tange à responsabilidade do Poder Público no pagamento das verbas dos empregados das empresas por ele terceirizadas, esta deve ser objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Porém, a questão não se encerra na responsabilidade objetiva do Estado. É que o § 1º, do artigo 71, da Lei de Licitação expressamente prevê que a inadimplência dos encargos trabalhistas não confere a responsabilidade por seu pagamento ao Estado. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a constitucionalidade do dispositivo, é preciso analisar sua adequação com alguns dispositivos constitucionais.

5 UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO § 1º DO ARTIGO 71 DA LEI 8.666/93

Tendo sido declarada a constitucionalidade do § 1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, não há mais que se discutir sua validade, pois a decisão da Suprema Corte tem efeito vinculante. Entretanto, há que se fazer uma análise de sua adequação com alguns preceitos dispostos na Constituição da República para que este seja aplicado sem se contrapor com os direitos garantidos na nossa Lei Maior.

Para tanto, é preciso se valer dos princípios de interpretação constitucional disponibilizados pela doutrina como mecanismos de estudo para o reconhecimento da constitucionalidade das leis. Um dos princípios desenvolvidos pelos estudiosos é o da interpretação conforme a Constituição. Este tem por finalidade garantir que haja prevalência da Constituição na interpretação da Lei. Ou seja, sem mudar o aspecto linguístico da Lei, esta deve ser aplicada segundo os dispositivos constitucionais, sendo desconsiderada qualquer interpretação que se contraponha à Carta Magna.

Colnago (2007, p. 133) considera que:

A interpretação 'conforme à Constituição' insere-se, perante a Corte Alemã, no contexto das "declarações de conformidade" e consiste basicamente numa declaração condicionada de constitucionalidade, na qual se estabelece como constitucionalmente admissível um único significado do texto, de forma que todos os outros seriam inconstitucionais.

Nesse contexto, estudar o sentido teleológico da norma constitucional é de fundamental importância para se chegar à razão, a vontade do legislador ao prevê seus dispositivos e assim, garantir a prevalência dessa finalidade na interpretação das leis infraconstitucionais.

O primeiro dispositivo, que deve ser analisado finalisticamente, na matéria em questão, é o próprio § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal. É preciso compreender qual foi a intenção do legislador ao criar um dispositivo garantindo que o Poder Público responderá de forma objetiva pelos danos causados a terceiros (BRASIL, 1988).

Carvalho Filho (2011, p. 504) responde ao questionamento acima mencionado ao aduzir que: “passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes, haveria de corresponder um risco maior”.

Como cita o autor, o legislador, reconhecendo a superioridade do Poder Público diante dos particulares, conferiu a este o ônus de arcar com os danos causados pelo desenvolvimento de suas atividades, independentemente de comprovação de culpa. Dessa forma, não seria contrário ao sentido teleológico da norma constitucional uma lei que exonere o ente estatal da responsabilidade de cumprir com a obrigação de pagar as verbas trabalhistas quando a empresa por ele contratada não possa fazê-lo? Não estaria o empregado inserido nesta proteção? Seria ele quem deveria sofrer os prejuízos?

Outro questionamento que surge acerca do § 1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93 é a sua aplicabilidade em face do princípio da igualdade previsto na Constituição em seu artigo 5º, *caput* e inciso I. Referido preceito constitucional garante que todos devem ser tratados de forma idêntica, sem qualquer distinção (BRASIL, 1988; BRASIL, 1993).

Para Gomes (2003, p. 27 apud CARDOSO, 2011, não paginado), o princípio da igualdade tem por finalidade

[...] evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo.

Dessa forma, consagrando o princípio da igualdade, quis o legislador garantir sua observância em dois momentos distintos: o primeiro momento é o da criação da

própria lei. Por causa do princípio da igualdade, é vedada a edição de lei que crie tratamentos diferenciados entre pessoas que devem ser tratadas de forma idêntica. O segundo momento é o da aplicação da lei. Ao intérprete não é permitido, ao aplicar a lei, estabelecer distinção entre pessoas que se encontram na mesma realidade jurídica.

Nesse sentido, fica evidente a contraposição da Lei de Licitações com o princípio da igualdade. É que, ao estabelecer a isenção de responsabilidade do ente estatal, a Lei criou tratamentos distintos para pessoas que, por garantia constitucional, devem ser tratadas de maneira igualitária. Da mesma forma, o Tribunal Superior do Trabalho, ao interpretar o dispositivo, também o fez de forma discriminatória. Criou-se, então, uma divisão entre empregados de uma mesma empresa: de um lado os que desenvolvem atividades terceirizadas para empresas privadas e, de outro, os que as desenvolvem para o Poder Público. Aqueles, por força do inciso IV, da Súmula n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho, serão indenizados pela tomadora dos serviços, posto que esta responde subsidiariamente pelas dívidas quando a prestadora não cumprir sua obrigação. Estes, porém, só serão indenizados caso fique comprovada a culpa do Poder Público no inadimplemento dos encargos trabalhistas, nos termos da referida Súmula, inciso V.

Assim, observando que o legislador constitucional quis proteger, na relação Estado-particular, a parte hipossuficiente, estabelecendo para o Poder Público a responsabilidade objetiva e que consagrou o princípio da igualdade, reprimindo qualquer forma de discriminação entre os cidadãos, reconhecer simplesmente a constitucionalidade do § 1º, do artigo 71, da Lei nº 8.666/93, como fez a Suprema Corte, se contrapõe com o sentido, a razão de ser dos preceitos constitucionais.

A única forma de se declarar a constitucionalidade do referido dispositivo seria aplicando-lhe o princípio da interpretação conforme a Constituição. Dessa forma, a norma infraconstitucional não iria se sobrepor à norma constitucional e restaria garantida a eficácia da nossa Lei Maior.

Bonavides (1996, p. 474), ao referir-se ao princípio mencionado, considera:

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto (interpretação conforme a Constituição), há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada 'conforme a Constituição', será portanto considerada constitucional.

Nesse sentido, para interpretar o § 1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93 conforme a Constituição seria necessário reconhecer que o dispositivo pronuncia que, o ente estatal, após responder de forma objetiva pelos encargos trabalhistas não pagos pela empresa por ele terceirizada, pode cobrar desta regressivamente, não assumindo, assim, os prejuízos da obrigação cumprida.

Dessa forma, tanto os preceitos constitucionais seriam eficazmente cumpridos, nos termos da vontade real do legislador, quanto o dispositivo da Lei de Licitações seria interpretado de forma que não violasse as garantias do trabalhador previstas na própria Constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta da República, reconhecendo as prerrogativas de que goza o Poder Público em face do particular, consagrou, no seu artigo 37, § 6º, a responsabilidade objetiva do Estado. Quer isto dizer que, ocorrendo um dano, proveniente da atuação estatal, deve o mesmo ser responsabilizado pelo ressarcimento do prejuízo causado, independentemente da comprovação de culpa.

Nos casos específicos de terceirização na Administração Pública, a atuação do ente estatal resta configurada por força do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/93. É que, para contratar uma empresa, prestadora de serviços, é necessário que o Estado obedeça aos procedimentos dispostos na Lei de Licitação. Na referida Lei, estão previstas todas as ações que o Poder Público deve realizar para escolher a prestadora e para fiscalizar a execução das atividades terceirizadas.

Constada a atuação do Estado, qual seja, a realização de licitação e a fiscalização do serviço terceirizado, a responsabilidade deste, quando a empresa por ele contratada não pagar as verbas trabalhistas dos seus empregados, é objetiva, vez que se insere no que é previsto no § 6º, artigo 37 da Constituição Federal.

Nesse sentido, a aplicabilidade do § 1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93 fere o princípio da Supremacia da Constituição e se sobrepõe à norma constitucional da responsabilidade objetiva do Estado tornando-a ineficaz, tendo em vista que não se adequa à finalidade do § 6º do artigo 37 da Constituição que é proteger a parte hipossuficiente, a qual, nos casos de terceirização, é o empregado.

Ademais, o referido dispositivo da Lei de Licitação, deixou de observar o princípio constitucional da igualdade, criando tratamento diferenciado para pessoas que se encontram na mesma realidade jurídica. Dessa forma, os empregados da prestadora de serviços que desenvolvem suas atividades numa empresa privada, terão suas verbas adimplidas por esta, caso a prestadora não cumpra com suas obrigações, porém, os que as desenvolvem na Administração Pública só terão seus direitos garantidos caso fique comprava a culpa desta pelo inadimplemento da prestadora.

Destarte, a constitucionalidade do § 1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93, só poderia ser reconhecida caso lhe fosse aplicado o princípio da interpretação conforme a Constituição. Ou seja, para se adequar a forma de responsabilidade do Estado e ao princípio da igualdade, a única interpretação que poderia ser dada ao dispositivo seria aquela que reconhece que o mesmo prevê que o Poder Público, após responder de forma objetiva pelos encargos trabalhistas dos empregados da empresa terceirizada, poderia cobrar regressivamente desta o ressarcimento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 18 ed. São Paulo: Método, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993 – Licitações – Regulamenta o artigo 37, XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Vade Mecum*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1529.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

_____. Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm>. Acesso em 20 set. 2011.

_____. Lei n. 5.645 de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais e dá

outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 dez. 1970. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em 15 set. 2011.

_____. Lei n. 9.527 de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis 8.112 de dezembro de 1990, 8.460 de 17 de setembro de 2002, e 2.180 de 5 de fevereiro de 1954 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 dez. 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm>. Acesso em 18 set. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Recurso de Revista n. 297751/96. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Recorrida: Célia Carlos de Sena. Relator: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Brasília, 27 de fevereiro de 2009. *Acórdãos*: consulta à jurisprudência. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/jurisprudencia/39916/recurso-de-revista-empresa-brasileira-de-correios-e-tel-grafos-responsabilidade-subsidi-ria-s-mul>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Recurso de Revista n. 1226/2004-039-12-00.3. Recorrente: Ademar Correia. Recorrido: Metropolitana Catarinense de Segurança Ltda. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, Brasília, 20 de junho de 2007. *Acórdãos*: consulta à jurisprudência. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=260569&ano_int=2006&qtd_acesso=5310501>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Súmula n. 331. Contrato de prestação de serviços - legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). Brasília, 31 de maio de 2011a. *Súmulas*: orientações jurisprudenciais. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Recurso de Revista n. 82500-08.2008.5.21.0011. Recorrente: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Recorrido: Servimec Engenharia e Manutenção Industrial Ltda. Relator: Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Brasília, 10 de junho de 2011b. *Acórdãos*: consulta à jurisprudência. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=833398&ano_int=2009&qtd_acesso=15357867>. Acesso em: 20 set. 2011.

CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Abordagem constitucional acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas no ensino superior. *QI Referências*, [S.l.], 21 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.qir.com.br/?p=9218>>. Acesso em: 10 set. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007.

- COSTA, Tatiana Cesarina Tôrres. *A Súmula 331 do TST como instrumento de precarização laboral*. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=453>. Acesso em: 12 ago. 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente?. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, n. 17, João Pessoa, 2010. Disponível em <<http://www.trt13.jus.br/engine/subinternafirm.php?tit=Revista+do+TRT&pag=/ejud/revistas-do-trt/>>. Acesso em 15 ago. 2011.
- IMHOFF, Márcia Moraes. MORTARI, Aline Perico. Terceirização, vantagens e desvantagens para as empresas. *Revista Eletrônica de Contabilidade*, Edição Especial, Santa Maria, 2005. Disponível em <<http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vllnEspecial/a06vllnesp.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2011.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 11, Salvador, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-RODOLFO-PAMPLONA-FILHO.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. Terceirização de Serviços na Administração Pública e Responsabilidade Trabalhista. *Revista Novatio Iuris*, ano II, nº 3, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.esade.edu.br/esade/user/file/Esade06.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações Públicas: Lei nº 8.666/93*. Salvador: JusPodivm, 2009

AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DA SUA COMPETÊNCIA NORMATIVA

REGULATORY AGENCIES AT THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: AN ANALYSIS ABOUT YOUR LEGAL COMPETENCE

MARIA JURINEIDE DA SILVA FARIAS*
LUCIANA VILAR DE ASSIS**

RESUMO

As agências reguladoras surgiram no cenário brasileiro, em decorrência do estabelecimento do estado neoliberal dentro da realidade da globalização, que expôs a necessidade do afastamento da intervenção estatal na economia, abrindo espaço à livre-concorrência, por meio de empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas para atuarem com eficiência na prestação dos serviços públicos e de relevância pública em consonância com o que fora estatuído na Constituição Federal de 1988. São autarquias especiais, criadas por leis específicas segundo a especialidade de cada uma, dotadas de autonomia normativa e independência hierárquica, o que promove, junto à administração, desburocratização e desobstrução das atividades. A autonomia normativa tem sido objeto de muitos questionamentos doutrinários, sob a alegação de intensa função legislativa, o que feriria o princípio da separação dos poderes, bem como o princípio da legalidade. Uma análise mais acurada do tema mostra que as agências reguladoras, no exercício de seu poder normativo, atuam numa gestão de interesses coletivos do Estado, não apontando para usurpação da função legislativa. Ademais, quando editam normas de caráter geral em relação à sua especialidade o fazem em obediência ao determinado por sua lei criadora, o que já se constitui um controle; já as normas de conteúdo concreto retiram de si qualquer possibilidade de discricionariedade. Além destes controles legais, ainda subordinam-se ao controle social e aos demais previstos constitucionalmente.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Especialidade. Competência Normativa. Separação dos Poderes. Legalidade. Controle.

ABSTRACT

The regulatory agencies has emerged in the Brazilian scenery as a result of the Neoliberal State founding inside of the globalization reality, which it had exposed a need of a state intervention distance at the economy area, opening space for the free

*Bacharela em Ciências Contábeis pela UFPB. Analista Judiciária (Contadora) do TRT da 22ª Região. Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil. Bacharelada em Direito pela FESP Faculdades. E-mail: jurifarias@hotmail.com.

**Mestra em Ciências Jurídicas, pela UFPB. Professora das Disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico da FESP. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça da Paraíba. e-mail: lvilar@ibest.com.br.

competition through the concessionaires, permissionaires and authorized companies that act efficiently in the public service provision, whose public relevance is in line with the Federal Constitution of 1988. They are special authorities, created by specific laws according to the each one specialty and characterized by legal autonomy and hierarchy independence, which promotes, in partnership with the Administration, the reduction of bureaucracy and the unblock of activities. The legal autonomy has been object of a lot of doctrine questions, under the allegation of an intense legislative function, which it would injure the principle of separation of powers as well as the principle of legality. A deep analysis of the subject demonstrates that the regulatory agencies, exercising their legal function, act managing State's collective interests, not pointing out legal function usurpation. Moreover, when they edit general rules related to their specialty, they do in obedience to their created law determination, which already implies a control; for you turn, the material content of the rules withdraw any possibility of discretion. In addition to these legal controls, they are subject to the social and the constitutional controls.

Keywords: Regulatory Agencies. Specialty. Legal Competence. Separation of Powers. Legality. Control.

1 INTRODUÇÃO

A competência normativa das Agências Reguladoras tem sido foco de vários estudos, em especial nos ramos do Direito Administrativo e Direito Econômico, quanto à sua legalidade e extensão, o que fez despertar uma maior motivação da análise do tema e a consequente elaboração do presente trabalho.

Pretende-se investigar o assunto com base em publicações de livros, periódicos e artigos de vários doutrinadores que sobre ele têm se debruçado, buscando-se as razões do surgimento destes entes, o que são e suas funções, bem como suas características, especialmente frente ao princípio da legalidade.

De início, contextualizar-se-á o surgimento das agências no Brasil, atentando-se aos aspectos político e econômico, versando sobre sua compatibilização na nova ordem jurídica brasileira vigente a partir de 1988 com a promulgação da Carta Magna, que trouxe direitos aos cidadãos, ao mesmo tempo em que apontou diretrizes para a não intervenção estatal na economia.

Será feita uma tentativa de demonstrar a necessidade da instauração do novo modelo de administração adotado, expondo a realidade então vivida, na qual muitos serviços estavam sob o controle estatal, e o porquê da Reforma de Estado empreendida, com uma política de “privatização/desestatização” de diversos

serviços, com vistas ao atendimento da coletividade com eficiência, tanto em relação aos serviços públicos como aos serviços de relevância pública.

As leis de criação das Agências Reguladoras conferiram-lhes muitas funções, dentre as quais a de edição de normas. Neste ponto encontram-se opiniões contrastantes quanto à constitucionalidade/legalidade da competência normativa destas autarquias especiais, uma vez que detêm uma autonomia que poderia ser entendida como independência absoluta, podendo suscitar dúvidas em relação à Separação dos Poderes, bem como ao Princípio da Legalidade. A abordagem do trabalho procura focalizar este aspecto.

Será objeto de exposição a demonstração de que vários são os controles a que se subsumem as Agências Reguladoras, em especial o controle da normatividade, tanto da norma instituidora como das emanadas pelos próprios entes em análise.

2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PELO ESTADO. DA CRIAÇÃO DO ESTADO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Poder Público tem o dever de oferecer à coletividade serviços públicos, com qualidade e eficiência, quer diretamente, quer de maneira descentralizada, valendo-se de entes privados, mediante concessões, permissões e/ou autorizações (arts. 21, XII, 175 e 223, da Constituição Federal – CF), visando à satisfação das necessidades do povo, de forma contínua e permanente.

O serviço público é sujeito ao regime jurídico de direito público, não cabendo sua titularidade à iniciativa privada, mesmo se tratando de serviço público de conteúdo econômico. Compete à Administração decidir se a prestação do serviço se fará diretamente por um órgão público, se por meio de uma empresa estatal, mediante delegação, ou por empresa privada através de concessão ou permissão, por intermédio de “contratos de caráter especial” ou, ainda, autorização, consequência de “ato administrativo unilateral, discricionário e precário” (SILVA, 2006, p. 725-726).

2.1 SURGIMENTO DO ESTADO: DAS CIDADES-ESTADO AO ESTADO MODERNO

Analisando-se a evolução político-econômica da sociedade, constata-se a existência de todo um processo de divisão de Poderes, nas cidades-estados clássicas, onde se distinguia o público e o privado, o governo e a propriedade, embora o poder não fosse exercido por autoridades públicas, mas por pessoas que, em razão do sexo, idade ou religião eram tidas como superiores e mereciam administrar a comunidade, sendo considerados magistrados, com atuação tanto administrativa como judicial (esta competia aos magistrados especiais, os tribunos), conforme enfatiza Lehfeld (2008).

A partir da grande expansão das cidades-estados surgiram os impérios e reinos, pontuados por concentração de poder nas mãos do imperador, com apelo a ligação com uma divindade, resultando, daí, uma relação perniciosa entre religião e poder. O imperador concentrava todas as funções estatais, uma vez que se encontrava acima da lei. O poder imperial dividia-se entre uma dimensão militar, operosa, e uma burocracia civil afastada do poderio militar, inicialmente exercida pelo clero e, posteriormente, por pessoas próximas ao detentor do poder.

As grandes conquistas levaram à heterogeneidade de povos, estrutura administrativa deficiente, dificuldades no sistema financeiro e tributário e desconfiança do imperador em relação aos burocratas encarregados da coleta de impostos. Tal situação levou as autoridades locais a desobedecerem às ordens do Império e, conseqüentemente, a exercerem um sistema de governo descentralizado, nascendo o Feudalismo nesse contexto de insegurança, como estrutura político-social, sob o manto da religião e dos membros da aristocracia. A sociedade passou a ter uma segurança local, decorrente da proteção oferecida pelos senhores feudais a seus vassalos fiéis, os quais tinham trabalho e moradia.

A Igreja exercia um acentuado poder, atraindo para si, a partir do século XIII, a contrariedade de nobres e reis, o que culminou com a organização da civilização numa nova formação sociopolítica, no século XV, sob a influência da reforma protestante e das ideias humanistas. Reduziu-se, dessa forma, o forte poderio da Igreja, que perdeu o *status* de organizador do poder.

Até esse ponto de organização da sociedade, não se pode falar do termo “Estado”, como concebido por Maquiavel, em seu livro *O Príncipe*, ao afirmar que

“todos os estados, todos os domínios que tiveram e têm poder sobre os homens, são estados e são ou repúblicas ou principados.” (MAQUIAVEL *apud* BASTOS, 1999, p. 37).

O ensino apresentado por Bastos (1999) aponta que várias são as teorias que surgiram para explicar as causas do surgimento do Estado, destacando os aspectos sociológico, histórico e doutrinário. Sob qualquer teoria, acepção ou aspecto que se analise, o Estado tinha como função o bem estar do homem, aí se incluindo a defesa, o progresso, a educação, a saúde, entre outros serviços. O Estado se constitui no meio pelo qual o homem se desenvolve e alcança os seus interesses, tornando-se imprescindível a existência do poder.

2.2 LEGITIMAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO ESTADO

A evolução do Estado moderno pode ser analisada a partir de quaisquer dos ângulos mencionados. Entretanto, destaca-se aqui sua legitimação política e fortalecimento jurídico diante das transformações socioeconômicas vividas pela sociedade.

Sob esse enfoque, inicialmente se menciona o Estado Absolutista, que, num primeiro momento, denotava a confusão entre o próprio Estado e a pessoa do rei, fundado no “direito divino” e, já na fase iluminista, a instalação do “despotismo esclarecido” ou “Estado Polícia”, no qual o monarca tinha liberdade para usar qualquer meio na busca do interesse público, intervindo em áreas como assistência social e economia. A classe burguesa, detentora do poder econômico já não se contentava com sua ausência na participação das decisões políticas do Estado, daí advindo os movimentos⁵⁵ que marcaram o início do Estado Constitucional. (LEHFELD, 2008, p. 35)

O Estado Constitucionalista inaugurou a garantia dos direitos individuais de igualdade, liberdade, segurança e propriedade, expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC), bem como a Separação de Poderes, estabelecendo, ainda, que “todos os homens são iguais por natureza e diante da lei”

⁵⁵ “As Declarações americanas de independência [...] em 1776 [...] a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, 1789 [...] a independência das colônias inglesas na América do Norte, e [...] a Revolução Francesa” (LEHFELD, 2008, p. 38).

e que “a lei é a expressão livre e solene da vontade geral; ela é a mesma para todos, quer proteja, quer castigue; ela só pode ordenar o que é justo e útil à sociedade; ela só pode proibir o que lhe é prejudicial” (DECLARAÇÃO..., 2011).

Assim, enquanto conferia direitos aos cidadãos, limitava o poder do Estado em relação à violação desses direitos e oferecia formalmente um instrumento de organização estatal. Tinha como principal objetivo “assegurar o princípio da legalidade, segundo o qual toda atividade estatal havia de submeter-se à lei” (SILVA, J, 2007, p. 115).

2.3 ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL E ESTADO NEOLIBERAL

As revoluções que ofereceram ao mundo o Estado Constitucionalista, como resposta ao sistema de opressão até então vigente, traziam uma concepção liberal do Estado de Direito. A ideologia dominante passou a ser a de que o Estado não deveria interferir nas relações privadas, nem na economia, tendo por lema o *laissez faire, laissez passer*. O direito maior era a liberdade e o Estado era mero coordenador desta liberdade. O seu papel de promotor do bem estar, conferindo equilíbrio social aos cidadãos, foi afastado, criando-se um abismo entre o que se projetara na DDHC e a realidade que se vivenciava.

Esse modelo resultou, ao final, na própria extinção do Estado Liberal, pois a classe burguesa, detentora do capital, com o excesso da livre concorrência, passou a explorar, sem qualquer escrúpulo e de forma absolutamente egoísta, os menos favorecidos, gerando grandes desigualdades entre as pessoas, ocasionando injustiça social, estimulando os “movimentos socialistas e o pensamento intervencionista” (CAL, 2003, p. 21).

Para restabelecer a igualdade e a justiça social, econômica e cultural entre as pessoas, uma nova forma de Estado foi gestada, especialmente em razão de dois marcos mundiais que provocaram recessão e desemprego: a 1ª Guerra Mundial e a Grande Depressão nos Estados Unidos da América, a partir da quebra da bolsa de valores (1929). Fez-se necessária uma intervenção do Estado que conferisse aos cidadãos as condições para que houvesse desenvolvimento econômico e social.

O absentéismo anteriormente predominante cedeu lugar ao intervencionismo,

vez que o Estado passou a disciplinar a conduta dos agentes econômicos e, a seguir, ele próprio, desenvolver atividade econômica, atuando no espaço antes reservado à iniciativa privada, criando empresas nos diversos ramos da economia, tornando-se o grande empregador, agente protetor e defensor social, organizador da economia e garantidor da prestação dos serviços públicos em geral.

Mesmo sendo um Estado provedor/intervencionista, não se retirou da sociedade seu dinamismo, sua ação. Era o Estado Social, de bem-estar, *Welfare State*, assegurando, à população, direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, destacando-se a igualdade, como o direito a ser preservado a todo custo. O fator negativo é que esse Estado se agigantou, tomou proporções que não podia suportar, esgotando sua capacidade de investimento no setor público, abrindo espaço para hiperinflação, endividamento e *déficit* público, resultando na ineficiência da prestação dos serviços.

Com a crise econômica instalada, originada na política intervencionista/provedora assumida no Estado Social e agravada no pós Segunda Guerra Mundial, a solução era uma reordenação do Estado. A recessão do capitalismo que assumiu seu auge em 1973 com a crise do petróleo, embora não tendo atingido todos os Estados mundiais, exigiu uma reação dos governos, que encontraram no neoliberalismo a solução para recuperar alguns Estados que se encontravam praticamente falidos e voltar sua preocupação para a prestação de serviços à sociedade com melhor qualidade, como se depreende do exposto por Cal (2003).

Segundo Bastos (1999), o Estado neoliberal concentra sua atenção na atividade econômica, buscando uma economia de mercado sem amarras, dispensando pouco cuidado com a atividade social e política, o que gera conflitos porque sempre há uma parcela da sociedade carente de assistência, que necessita do amparo estatal.

O pensamento neoliberal, que teve início na Inglaterra, se difundiu por vários países europeus, alcançando também os Estados Unidos, apoiado na globalização em curso na sociedade internacional, reimpulsionando a proeminência do direito à liberdade, especialmente na economia, construindo um Direito Administrativo voltado para a coletividade.

Com a integralização mundial, responsável por inúmeras mudanças, “[...] o Estado Brasileiro se vê forçado a reestruturar suas bases, redefinir seu papel e a

remodelar o seu modelo administrativo” (CAL, 2003, p. 31).

2.4O NEOLIBERALISMO NO BRASIL

No Brasil, o neoliberalismo, como mostra Cal (2003), começou a ser adotado a partir do Programa Nacional de Desestatização, implementado através da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, já sob os auspícios da CF/88, alterado posteriormente pela Lei nº 9.491, de 1997, desencadeando-se um veemente processo de privatizações, estabelecendo-se o que se convencionou chamar de ‘estado mínimo’. Nesse período a presença do Estado na economia era muito intensa, indo da área das comunicações (telefonia, jornais, rádios) aos transportes aéreos, atividades bancárias, distribuição de energia, dentre várias outras.

O processo de privatização provocou vigorosas mudanças no pensar jurídico, sobretudo com a nova ordem constitucional vigente. É que o Estado tinha sob seu comando muitas atividades econômicas, alheias aos anseios constitucionais que tem como um dos fundamentos a livre iniciativa, ao mesmo tempo em que deve assegurar a todos existência digna e objetiva erradicar a pobreza.

A realidade da globalização na ordem mundial expõe um Estado que já não dispõe dos “mecanismos econômicos, sociais, políticos e jurídicos, os quais possuía anteriormente” e deve ser vista diferentemente sob o aspecto interno e o externo. Internamente, há que se perceber a necessidade de resolver problemas como inflação, déficit público, hipertrofia estatal; já externamente, faz-se necessário repensar o conceito de soberania para dar lugar à operacionalização de Tratados Internacionais dentro na nova ordem jurídico-constitucional, facilitando a unificação de mercados, quebrando barreiras alfandegárias, cujo resultado será benefícios para toda a coletividade (CAL, 2003, p. 27).

O pensamento neoliberal traduz-se, pois, como integralizador de culturas e abertura das atividades públicas para os setores privados, cabendo ao Estado exercer o papel de “fiscalizador, regulador, incentivador, prestador de serviços de interesse e utilidade pública”. Neste contexto, adota-se o sistema regulatório importado dos Estados Unidos da América até onde não conflitem com disposições constitucionais (CAL, 2003, p. 32).

Entretanto, a atividade regulatória brasileira é uma regulação reformulada, pois, diferentemente das agências norte-americanas, subordinam-se aos fundamentos, princípios e normas constitucionais. Outro aspecto a ser destacado é o de que “[...] se considera a necessidade de se regular diferentemente os diversos setores da economia, intervindo-se mais intensamente em alguns e de forma mais branda em outros[...]” (LOSS, 2011, p. 128).

3 REFORMA ESTATAL E REGULAÇÃO NO BRASIL

Os desafios que o Estado enfrentava nos anos 90 se refletiam na Administração Pública que não conseguia, naquele modelo vigente (burocrático, oneroso e de pouca eficácia), atender às demandas da sociedade, sendo imperativa uma reforma que atribuísse atividades estatais ao setor privado, mediante delegação, ficando reservada a ele, Estado, a “titularidade e a atividade regulatória”, com vistas à eficiência (SILVA, F, 2007, p. 73).

O Brasil passou por um processo de reforma estatal, com a adoção do modelo neoliberal, resultante de um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995 pela Câmara de Reforma do Estado⁵⁶. O Presidente da República Federativa do Brasil, à época, ao apresentar o novo modelo administrativo que seria adotado objetivando o desenvolvimento do país, afirmou que o “esforço” era necessário ao “fortalecimento do Estado” apontando a ação reguladora estatal como eficaz para a implementação da prestação de serviços básicos e “políticas de cunho social” (BRASIL, 1995, p. 6).

Algumas atividades regulamentadas constituem, na verdade, “atividades privadas de interesse público, de relevância pública ou simplesmente atividades privadas regulamentadas”. A denominação “serviços de relevância pública” dada pelos artigos 129, II e 197, da CF, alcança alguns serviços da iniciativa privada que beneficiam a coletividade e que podem provocar desigualdades para os usuários e, por esta razão, bem como em decorrência do apelo social que exercem, sujeitam-se a um “intenso poder de polícia” (ARAGÃO, 2011, p. 167-169).

⁵⁶ Integrada pelos Ministros Chefe da Casa Civil, da Administração Federal e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e do Chefe do Estado Maior das Forças Armadas.

Aragão (2011) defende que, tecnicamente, os serviços só podem ser denominados “serviços públicos” se houver relação estrutural com a Administração, em obediência ao princípio da livre-iniciativa, que se constitui um direito fundamental (art. 1º, IV, CF). Lembra, entretanto, que não há direito absoluto, submetendo-se a atividade econômica privada regulamentada a limitações administrativas desde que estas não firam sua autonomia.

A atividade econômica deve atender aos princípios elencados no art. 170, incisos I a IX, da CF, destacando-se que a atividade regulatória tem na própria Constituição as linhas que a norteiam. Justifica-se a necessidade da criação das Agências Reguladoras para “despolitizar a atividade regulatória”, uma vez que lhes cabe, de forma independente e autônoma, a regulação setorial de atividades anteriormente a cargo do Estado (SILVA, F, 2007, p. 96).

3.1 REFORMA ESTATAL E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado defendia uma administração pública gerencial, fundamentada “nos princípios da confiança e da descentralização da decisão”, com “formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade” (BRASIL, 1995, p. 17).

Assim, alguns serviços, até então sob a administração estatal centralizada, ficariam livres das proteções burocráticas e algumas disposições da CF que ainda não haviam saído do papel começariam a ser implementados sob o enfoque ali previsto, como se vê do art. 174, que preconiza:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 2011, p. 122).

Estabeleceu-se uma política de desestatização de várias atividades, com intuito de afastar o intervencionismo estatal da economia, bem como de conferir uma maior eficiência aos serviços abrangidos por este processo, cabendo, ao Estado, o

estabelecimento de políticas que regulassem os serviços de acordo com esta nova concepção.

A eficiência, necessária à efetividade da prestação do serviço público, foi inserida na CF como princípio a ser observado pela Administração Pública, pela Emenda Constitucional nº 19/98, e deve estar presente em quaisquer serviços postos à disposição do cidadão, quer naqueles que dizem respeito à função típica de Estado, quer naqueles em que, obedecendo aos dispositivos constitucionais previstos, autorize/delegue/conceda, assegurando a ordem econômica, financeira e social.

O princípio da eficiência administrativa “consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores”. Trata-se de um princípio de cunho eminentemente econômico, orientando a atividade administrativa, no sentido de oferecer os serviços públicos à sociedade obtendo os melhores resultados, considerando a escassez de recursos, a um menor custo possível (SILVA, 2006, p. 337). E ainda:

O princípio em questão reafirma o que parece ser o óbvio: que os fins devem ser atingidos com o menor dispêndio possível dos recursos, aproximando-se da economicidade [...] a eficácia está ligada à possibilidade ou idoneidade para se atingir um resultado. A eficiência é um conceito dinâmico que adiciona à busca dos resultados um dado novo: a utilização dos recursos de forma racional. O serviço público eficiente é aquele que consegue resultado utilizando os recursos da maneira mais econômica possível (SILVA, 2007, p. 81).

Referido princípio “[...] tem por fim disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, tornando possível a legitimação (mas também a responsabilização) dos atos administrativos por seu êxito em atingir os fins pretendidos por lei.”, atraindo para si tanto a responsabilidade pelo risco, como a responsabilidade institucional, no exercício da função reguladora de mercado, exigindo especialização técnica, sob pena de paralisia administrativa. A responsabilidade não se dá pela opção dos meios utilizados decorrentes de previsão legal, mas pela escolha dos fins específicos a serem obtidos dentre os genericamente definidos na lei em consequência da escolha dos meios. As funções de fiscalização, incentivo e controle encontram-se implícitas (FERRAZ JUNIOR, 2011, p.214).

Assim, alguns serviços, por determinação constitucional, deveriam ser entregues à iniciativa privada, cabendo ao Estado o papel de controlar as atividades desenvolvidas de forma descentralizada, através de “entidades típicas do Estado [...] sobre determinados segmentos de serviços”. Fala-se aqui especificamente daqueles com natureza de atividade econômica (CARVALHO FILHO, 2005, p. 330).

Segundo Knoplock (2009), o controle pode ser feito por órgão da Administração Direta, sendo possível, ao Estado tomar de volta para si a prestação de um serviço, independentemente da prática de alguma irregularidade por parte do autorizado/ concessionário/permissionário, apenas indenizando o prestador, se for o caso.

Este poder intervencionista estatal, de certa forma, provoca uma insegurança naquele que pretende se habilitar a prestar o serviço, uma vez que algumas atividades demandam altos investimentos que somente são remunerados a longo prazo. A continuidade de existência de um poder tão invasivo, que pode ocasionar graves prejuízos, produz um temor justificável ao investidor, ao mesmo tempo em que, como consequência de uma decisão de desistência do investimento, se cria um sério problema de ordem econômica para o Estado.

Para prevenir tal problema e dar maior eficiência na prestação de determinados serviços de interesse ou de relevância pública, desencadeou-se o processo de privatização de empresas públicas e consequente criação das Agências Reguladoras, resultado da reforma do Estado concebida em 1995.

3.2 O QUE SÃO AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUAS FUNÇÕES

As Agências Reguladoras são autarquias especiais⁵⁷, que têm autonomia financeira, administrativa, independência hierárquica e são competentes para fiscalizar as empresas por elas reguladas, objetivando que as empresas privadas, que ocuparam o papel anteriormente exercido pelo Estado, prestem serviço de

⁵⁷ A conceituação das Agências Reguladoras como autarquias especiais se dá em razão dos privilégios ou regalias específicas que a lei que as instituiu lhes confere, quando comparadas às autarquias comuns (Decreto-Lei – DL 200/67). O conceito legal de autarquia encontra-se no art. 5º, I, do DL 200/67, que estabelece ser o “serviço autônomo criado por Lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2012).

qualidade e com a eficiência que deve nortear o atendimento à coletividade, como conceitua Moraes (2011). A fiscalização exercida pelas agências pressupõe a existência de normas que devem ser obedecidas pelos entes regulados.

Compete-lhes estabelecer regras de funcionamento dos diversos setores que foram desestatizados, observada a especialização de cada uma, com independência e autonomia, uma vez que têm que cumprir o papel de fiscalizar (no aspecto do controle necessário), regulamentar as atividades das empresas que receberam as concessões/permissoes (função atípica de legislar) e ver atendidas as necessidades da coletividade. Daí que, como diz Leffeld (2008), são elas dotadas de função legislativa, ao editar normas, e função judicial em virtude de sua competência decisória.

Essas funções não podem, entretanto, ferir princípios constitucionais, porque a eles estão vinculados, bem como se subordinam ao controle social através dos mecanismos diversos estabelecidos na própria CF e das legislações que as instituíram.

A autonomia e independência conferidas às Agências baseiam-se no indispensável afastamento de possíveis ingerências políticas e na exigência de dar agilidade à solução de problemas que surgem entre prestador/consumidor à medida que os serviços são prestados. Mas estas prerrogativas precisam de uma análise mais acurada, a começar pela nomeação de seus dirigentes. Cal (2003) explica que as Agências Reguladoras, como autarquias especiais com disciplina jurídica específica, ficam de certa forma, imunes à fiscalização, estabelecendo-se uma interrogação a respeito de quem deve exercer o controle sobre elas. E enfatiza:

Pode-se pensar na criação de uma agência nacional que fará o controle e a regulamentação dos atos praticados pelas agências reguladoras. Isto nos parece, no entanto, irracional, pois a intenção do governo era criar agências que atuassem com isenção e imparcialidade sobre empresas que venham a ser privatizadas a fim de exercerem a fiscalização e controle sobre essas empresas (CAL, 2003, p. 68).

Por óbvio, seria a regulação da regulação, nunca se chegando a um fim acerca do controle de tais agências, sendo este aspecto uma situação pendente de solução por parte do governo, decorrente, em grande parte, da forma de nomeação dos seus dirigentes, que não se dá de modo imune ou totalmente independente de ingerências políticas.

A forma de provimento dos cargos de dirigentes das agências, bem como a estabilidade a eles conferida, é diversa do que se exige dos demais agentes públicos. O provimento se dá por indicação do Presidente da República e aprovação do Senado Federal, vendo-se, portanto, o envolvimento dos agentes políticos, para um mandato fixo, que só pode ser afastado havendo falta grave apurada em processo administrativo disciplinar ou em decorrência de sentença judicial transitada em julgado. Não há escolha popular, nem submissão a concurso público; o mandato tem prazo certo, sendo vedada a recondução, bem como sua demissão *ad nutum*.

O destaque da especialização, anteriormente mencionada, tem inspiração em institutos administrativos tanto norte-americanos como europeus. Incluir-se-ia, como entidades especializadas, anteriores às Agências Reguladoras, o Departamento Nacional do Café, o Instituto do Açúcar e do Alcool, criados nos anos 30, entre outros, destacando-se, ainda, o Banco Central, a Comissão de Valores Imobiliários, o Conselho Monetário Nacional, todos com atuação específica numa determinada atividade.

Entre os entes/institutos citados e as Agências Reguladoras:

[...] a inovação maior é o próprio vocábulo *agência*, antes raramente utilizado para designar entes da Administração Pública. A função normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional. Tal como nos Estados Unidos, a própria lei que institui esses entes já lhes confere poder normativo ou regulador (DI PIETRO, 2003, p. 402).

E para esclarecer o termo “reguladora” dado às agências, Di Pietro (2003) toma este adjetivo como sinônimo de organizadora, de capaz de conferir a disposição necessária a que se destina, ou seja, demonstra que o Estado tem o dever de *por ordem* no setor que explora determinada atividade econômica anteriormente afeta a si, ao mesmo tempo em que permite ao particular que preste os serviços e regule sua utilização.

A modernização buscada, mediante a desburocratização e a desobstrução da administração, visando ao dinamismo na prestação de serviços e desenvolvimento da economia nacional por intermédio dos entes regulados, precisa estar conforme os princípios da Administração Pública, para não incorrer em questionamentos quanto a sua constitucionalidade.

Falando da organização das Agências Reguladoras, veja-se:

Como já tratado, não há nenhuma legislação específica que estabeleça a atuação e organização das agências reguladoras criadas, tendo nas leis que as originaram as respectivas delimitações positivadas. Algumas, já estabelecidas, foram indicadas no texto constitucional, sendo base para implantação das seguintes (FRANÇA, 2011, p. 159).

De fato, o art. 21, inciso XI da Carta Magna estatui:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95).(BRASIL, 2012)

Fácil deduzir que, quanto à competência destes entes, também inexistem um único normativo com as diretrizes básicas. Cada agência cuida de um setor, com características e serviços completamente distintos uns dos outros e vinculação com Ministérios diversos, de acordo com sua especialidade.

No intervalo entre os anos de 1997 a 2001 desencadeou-se a criação de 10 (dez) Agências Reguladoras, mediante leis específicas, cada uma dispoñdo a respeito de estrutura, competência, funcionamento, etc. Dentro das competências que lhe foram atribuídas, está a de exercer o poder normativo com o fim de alcançar as metas traçadas nas próprias leis que as criaram.

4 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Dentre as várias atribuições que as Agências Reguladoras ostentam, está a autonomia para edição de normas, adentrando intensamente na função legislativa, o que tem levado a questionamentos quanto à doutrina da Separação dos Poderes. Esta atividade legislativa se faz necessária com vistas à agilidade do atendimento de demandas, tanto dos agentes políticos como dos regulados, bem assim dos usuários dos serviços públicos afetos a estes entes.

Para que não parem dúvidas quanto à legitimidade da função normativa das agências em análise, há que se identificar as fronteiras da autonomia na legislação produzida através do processo democrático. Sua função normativa não pode ferir princípios constitucionais, porque a eles estão vinculados, bem como se subordinam

ao controle social através de mecanismos diversos estabelecidos na própria CF e nas legislações que as instituíram.

4.1 AS FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DIANTE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O exercício da democracia resulta da independência e harmonia entre os Poderes, conforme estabelece a CF, em seu art. 2º, após declarar no art. 1º que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito e asseverar (no parágrafo único) que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, [...]”.

Este é um conceito histórico de democracia que combina representação e participação direta, como esclarece Silva (p. 41, 2006), chamando a atenção para outros preceitos constitucionais consagrados nos arts. 10, 11, 31, § 3º, entre outros, nos quais há a “participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”.

Destaca que o princípio democrático é o fundamento do regime político adotado pela CF, o qual

[...] pressupõe a existência de um conjunto de instituições e princípios que informam determinada concepção de Estado e de sociedade, mas é também um conceito ativo, pois ao fato estrutural há que superpor o elemento funcional, que implica uma atividade e um fim, supondo dinamismo, sem redução a uma simples atividade de governo (SILVA, 2006, p.41).

A teoria clássica da divisão dos Poderes, em relação às suas *funções típicas*, sempre foi concretamente pontuada por interseções, ainda mais nos dias atuais, na sociedade moderna, com o advento do Estado Regulador, o que admite uma sobreposição das três funções nos três Poderes (VERÍSSIMO, 2011).

As Agências Reguladoras abrangem todas as funções da clássica divisão dos Poderes, uma vez que exercem atribuições executivas, normativas e judiciais, pois fiscalizam as atividades desenvolvidas por particulares que receberam concessões/permisões/autorizações, solucionam conflitos tanto relacionados ao Poder Público como entre particulares (no caso, entre regulados e usuários de

serviços) e, por fim, detêm o poder de editar normas quanto à segurança, procedimentos técnicos e suspensão da prestação de serviços pelos entes regulados. Este é o ensino de Aragão (2009), que afirma:

[...] as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado de lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação dos poderes (ARAGÃO, 2009, p. 375-376).

Assim, é de se entender que as funções desempenhadas pelas Agências Reguladoras desobstruem as funções governamentais, contribuindo com a democratização e descentralização do poder, pois exercem, em sentido amplo, tão somente atividades administrativas.

4.2 A REGULAÇÃO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Guerra (2011) explica que o Princípio da Legalidade, carrega dois sentidos: um positivo, por meio do qual o Estado subordina-se à lei, só podendo fazer o que esta determine e segundo a forma por ela estabelecida, resultando num engessamento da ação estatal; o outro, negativo, que permite à administração fazer o que a lei não proíbe, mais compatível com a flexibilização dos dias atuais. Necessária, pois, uma análise que aclare estes conceitos, para fazer uma ponte entre poder normativo, atividade regulamentar e princípio da legalidade, demonstrando se há alguma incompatibilidade entre estes aspectos na Administração Pública.

O Princípio da Legalidade tem sua origem na teoria da Separação dos Poderes, que se constitui, modernamente, num princípio fundamental da democracia, sobre o que se discorreu no tópico anterior. Aragão (2009) destaca que nunca se atingiu o objetivo absoluto da Separação dos Poderes segundo a teoria política de Montesquieu, pois a lei sempre deu brechas para uma construção jurisprudencial, bem como para a criação de novos institutos no âmbito da administração, abrindo espaço para a discricionariedade, com a finalidade de implementação de atividades na proteção do interesse público.

E reforça que “o princípio da legalidade teve a sua concepção originária e, como visto, apenas ideal, ainda mais atenuada pela concessão dos poderes normativos à Administração Pública a fim de que, ela própria [...], criasse Direito positivo.” Esta constatação, não autoriza deduzir que a Administração fere o Princípio da Legalidade; as normas jurídicas devem obedecer ao devido processo legal e ter como finalidade a realização dos objetivos constitucionalmente previstos. (ARAGÃO, 2009, p. 402).

A dinâmica exigida dentro da nova realidade jurídica, “[...] gerou os *contrapesos* ao princípio da legalidade ou zonas de ampla liberdade, refletidas na discricionariedade e nos atos de governo, muitas vezes fundamentadas no chamado *poder de supremacia especial*”. (MEDAUAR *apud* GUERRA, 2011, p. 72). A ação administrativa regulamentar não viola o princípio da legalidade, uma vez que, em obediência à norma expressa (art. 175, CF), é que foram criadas as Agências Reguladoras com suas respectivas atribuições, mediante leis específicas, havendo, assim, uma conformidade entre as normas por elas emanadas e o princípio em discussão.

Mattos (*apud* MORAES, 2011, p. 5) esclarece que as agências não têm liberdade para “[...] agir como bem entendem, divorciada do princípio da legalidade, eis que vinculada a este princípio por submissão aos comandos legais voltados para a administração pública direta e indireta”. Na mesma linha, Tácito (*apud* SILVA, F, (2007)) reforça o dever de obediência ao art. 37 da Constituição Federal por parte das Agências Reguladoras.

4.3 ATUAÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Pires (2009), ao analisar a competência normativa da administração pública cujo comando se expressa no art. 84, VI, alíneas “a” e “b” da CF, observa que as normas expedidas pelos órgãos reguladores têm fundamentação jurídica e natureza distintas dos atos previstos na Carta Magna, uma vez que o alcance das regras por eles estabelecidas é limitado apenas aos mesmos.

Somente para destacar o aspecto normativo, aponta-se a lei que cria e estabelece a competência da ANATEL (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 19), onde se vê que dentre seus 31 incisos, 7 tratam de autorizações para ‘expedir

normas' e 'editar atos'. Da mesma forma, as Leis nº 9.478/97 (ANP) e 9.427/96 (ANEEL), assim como as que criaram as outras Agências Reguladoras brasileiras, conferiram-lhes competência regulatória, da qual se origina o poder normativo, como menciona Carvalho Filho (2007).

Esse poder, entretanto, não se enquadra propriamente nos moldes clássicos de atribuição normativa, constituindo-se tão somente numa gestão dos interesses coletivos pelo Estado, resultado da evolução do processo de desestatização das atividades econômicas. E, sobre a atuação normativa das Agências Reguladoras:

[...] não nos parece ocorrer qualquer desvio de constitucionalidade no que toca ao poder normativo conferido às agências. Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de *função administrativa*, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais [...]. Resulta, pois, que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração, pois que poder normativo – já o acentuamos – não é poder de legislar: tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este (CARVALHO FILHO, 2007, p. 8).

Não é conveniente, portanto, que se confira ampliação ao poder normativo conferido às agências reguladoras para além do que a lei já fixou. E somente dentro do exercício de suas atribuições é que haverá a possibilidade destes entes assumirem o papel para o qual foram criados. A função normativa se cinge apenas ao aspecto de complementaridade para que seja possível atingir o objetivo traçado pela lei, ou seja, a executoriedade pela Administração das atribuições legalmente a ela conferidas. Dentro destes parâmetros, o impedimento da atuação normativa das Agências Reguladoras terminaria por inviabilizar a norma constitucional.

4.4 CONTROLES DA NORMATIVIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Destaca Lehfeld (2008) que as agências se subordinam ao controle exercido pelos Poderes da União (art. 2º da Constituição Federal): o Poder Executivo age sobre a autonomia das agências, quando estabelece metas e critérios de avaliação de desempenho dos seus diretores e conselheiros; o Poder Legislativo, fiscalizando e controlando os atos do Poder Executivo, inclusive os exercidos pelos órgãos que

compõem a administração indireta, que é o caso; também, o controle jurisdicional dos atos normativos não poderá ser afastado, tanto para constatar a obediência aos princípios constitucionais aos quais se subsume a administração pública, quanto para indicar erros técnico-científicos detectados por especialistas, em relação a decisões proferidas pelas agências.

Um estudo mais aprofundado sobre a discricionariedade inerente às Agências Reguladoras mostra uma limitação maior do que a levada a efeito pelos órgãos públicos em geral, uma vez que a própria lei criadora já se encarrega de estabelecer os limites até onde vai sua atuação regulamentadora.

Marques Neto (2011) aponta que, à frente das limitações impostas pela Lei instituidora destes entes, já lhes são impostas restrições pelos vários princípios aos quais a administração se submete, dentre estes se destacam a proporcionalidade, a razoabilidade, a transparência, a moralidade; a aferição da oportunidade, conveniência e intervenção se sujeitam a uma maior processualidade (observância às normas e métodos prévia e legalmente estabelecidos).

As próprias normas de caráter geral emitidas pelas Agências Reguladoras já reduzem, o espaço de sua discricionariedade, uma vez que ficam adstritas a elas; e, ao editarem normas de cunho concreto, que estabelecem o que, como e quando determinadas políticas serão executadas, abdicam por completo de proceder de forma discricional.

E, para enfatizar o caráter das normas, veja-se:

O exercício das prerrogativas normativas, pelo regulador [...] acarreta automaticamente a autolimitação da discricionariedade conferida pelo legislador. Ao editar norma infralegal (prescrição de natureza geral e abstrata compatível com os comandos legais prefixados) estipulando critérios, conceitos, procedimentos e princípios que observará no exercício de suas competências materiais, o regulador a um só tempo i) exercita a discricionariedade outorgada pelo legislador (nos limites em que ela foi-lhe conferida) mas ii) restringe a possibilidade de exercer tal discricionariedade ao praticar (editar) atos concretos. Em uma palavra, as prescrições normativas do regulador não vinculam apenas o regulado, vinculam também o próprio regulador, autolimitando sua margem de discriminação, em concreto, da conveniência, oportunidade, modo e critérios de agir (MARQUES NETO, 2011, p. 438-439).

Esta forma de controle descrita pode ser traduzida como “controle sem controladores diretos”, como menciona Lehfeld (2008, p. 277), uma vez que exercitado independente do controle hierárquico.

Necessário destacar, ainda, que estes entes autárquicos especiais, subordinam-se ao controle social, através do direito de informação e de petição, de audiências e consultas públicas, além das próprias ouvidorias instituídas em seus quadros, bem como a outros instrumentos de participação popular como o plebiscito, o referendo e a iniciativa de lei.

Através das prestações de contas submetem-se ao controle do Poder Legislativo, uma vez que constituem entidades da Administração Pública Indireta, e não ficam descomprometidas perante o Congresso Nacional, em obediência ao dispositivo constitucional que assim preconiza:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Outras formas de controle também destacadas por Leffeld (2008) são as exercidas pelo Ministério Público, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como pelo Poder Judiciário, a quem caberá, tanto quando da não observância pelas Agências Reguladoras ao seu dever funcional, como em relação à adequação dos seus atos, a intervenção jurisdicional.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se, na elaboração do presente trabalho, esclarecer o papel normativo das Agências Reguladoras, abordando desde a criação destas agências, demonstrando o papel importante que desempenham na atividade econômica do país, apresentando o histórico da intervenção estatal na economia brasileira até a criação e atuação do sistema de regulação.

Com a Reforma Estatal pensada em 1995, tornou-se imperiosa a desestatização/privatização de vários serviços então sob a obrigação do Estado, e, com isto, a atividade regulatória, para que fosse possível organizar o comportamento dos agentes econômicos, assegurando-lhes a livre iniciativa, prevista constitucionalmente, sem comprometer os ganhos sociais conquistados com a nova ordem jurídica inaugurada, estabelecendo-se o equilíbrio almejado.

Os serviços regulados constituem-se em serviços públicos e/ou serviços de relevância pública, daí porque a necessidade de um ente público dotado de autonomia. As Agências Reguladoras são autarquias especiais e cumprem este papel, uma vez que, tendo personalidade jurídica de direito público, possuem autonomia administrativa, financeira, mas também hierárquica, com competência para fiscalizar seus regulados, mantendo, com estes, com o governo e os usuários dos serviços, um canal que visa à agilidade no atendimento das demandas.

Não há que se falar em prejuízo à democracia, violação ao princípio da Separação dos Poderes ou ao Princípio da Legalidade, em decorrência da autonomia das Agências Reguladoras. A atividade de regulamentação resulta de um novo olhar sobre estes princípios, sob a perspectiva da transformação sociopolítica da sociedade brasileira, num mundo globalizado, no novo modelo de estado neoliberal e regulador.

As leis é que estabelecem normas primárias, bem como direitos e obrigações. Os atos infralegais complementam as leis no sentido de definir atividades por elas previstas. As leis que criaram as Agências Reguladoras trouxeram a previsão de edição de atos e normas necessárias ao fiel cumprimento do papel para o qual foram instituídas.

A função normativa das Agências Reguladoras subordina-se, assim, tanto às leis que as criaram, como às suas próprias normas, sejam de caráter geral ou de cunho concreto, onde sua discricionariedade praticamente se torna nula, bem como aos demais sistemas de controle constitucionalmente previstos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. 5ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Atividades Privadas Regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 167-203.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 67/2010, pelo Decreto nº

186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

_____. Câmara de Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 11 set. 2012.

_____. *Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2012

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 9, fev/mar/abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/redae.asp>>. Acesso em: 10 out. 2012

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/DeclaraDirHomemCidadao1793RecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Poder Normativo das Agências Reguladoras à Luz do Princípio da Eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 205-224.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. *Manual de direito administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência: questões de concurso comentadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. (Coleção Séries e Concursos)

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOSS, Giovani R. Contribuições à Teoria da Regulação no Brasil: Fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109-130.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade e Regulação Setorial – O caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO,

Alexandre Santos de (Coord). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 427-453.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *In Revista dos Tribunais on line*. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br> Acesso em: 18 set. 2011.

PIRES, Lianne Pereira da Motta. Limites à competência normativa das agências reguladoras. Uma análise da fundamentação jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2229, 8 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13293>>. Acesso em: 14 out. 2012.

SILVA, Fernando Quadros da. *Agências reguladoras: A sua Independência e o Princípio do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

_____. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 283

DIREITOS HUMANOS E AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

HUMAN RIGHTS AND CONTEMPORARY FAMILIES

JAMILLE SARATY MALVEIRA*

RESUMO

A família, considerada pela nossa Lei Maior (art.225), a base da sociedade, é seio precursor da maioria das transformações e desenvolvimento do ser humano. Por conta disso, seus componentes muita das vezes foram marginalizados devido a impossibilidade dos dispositivos legais alcançarem essas metamorfoses com a mesma agilidade. Com advento e concretização dos Direitos Humanos essas mudanças, drásticas e vertiginosas, já não mais estão desamparadas. É que seus princípios gerais, norteiam e resguardam a dignidade de cada pessoa, independente de ser classificada ou não nos moldes sociais, ou mesmo jurídicos. Desta forma, este trabalho pretende demonstrar através de registros históricos e revisão bibliográfica como os Direitos Humanos influenciam e ajudam na consolidação das famílias hodiernas no Brasil.

Palavras-chave: Família. Direitos Humanos. Sociedade.

ABSTRACT

Family, considered by our Federal Constitution (art.225), the basis of society, is the precursor of most changes and human development. Because of this, many of yours components were often marginalized for the impossibility of legal devices achieves these metamorphoses with the same agility. The advent and implementation of human rights these changes, dramatic, are no longer helpless. It's because general principles, protect dignity of every person, even not classified in the mold social and legal. Thus, this paper pretend wants to demonstrate with historical records and literature review how Human Rights influence and help in consolidating contemporary families in Brazil.

Keywords: Family. Human Rights. Society.

*Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Pará, 2010. Advogada, aprovada no X Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. OAB/PA 19.518. Mestranda em Ciências Jurídico - Civílicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pós-graduanda no 15º. Curso de proteção de menores Prof. Dr. Pereira Coelho pelo Centro de Direito de Família da Universidade de Coimbra.

1 INTRODUÇÃO

A primeira noção que um ser humano tem de mundo é a noção de família⁵⁸, talvez por isso ela seja configurada como a base da sociedade. Pais, filhos, irmãos e irmãs, às vezes uma tia agregada ou uma prima órfã, a família é então constituída por laços consanguíneos, onde a afetividade institivamente reina.

Se pararmos para analisar, poderemos perceber que a sociedade, o Estado e as leis giram em torno dela, pois é desse grupo que saem as empresas, consumidores, trabalhadores, fábricas, e até os criminosos, as crianças abandonadas, as mulheres desamparadas, os presidentes, as prostitutas e os gays. Enfim, a família é, definitivamente, o fator de existência da comunidade social: “A família é o primeiro agente socializador do ser humano” (DIAS, 2009, p. 29).

Mas quem é ela? De onde veio? Quem são seus componentes? Têm eles direitos enquanto indivíduos particulares ou são vistos como um grupo unificado?

Durante anos, a família não passou de um grupo marcado pelo patriarcalismo hierarquizado e patrimonial. Contudo, a parcela marginalizada, insatisfeita com esta situação, foi em busca de conquistar uma vida digna, através da consolidação dos conceitos de liberdade e igualdade. As reivindicações, apelos e revoltas sociais surgem representando a intolerância de um sistema arcaico, e a ânsia de tempos melhores. Felizmente, com o sucesso dessas revoluções, a família não é mais apenas um grupo cuja única identidade pertence ao *pater familia*, agora, é composta por sujeitos de direitos, onde cada um tem direitos e deveres.

Falar sobre o novo conceito de família, ou falar sobre *as famílias*, como prefere Maria Berenice Dias⁵⁹, não é apenas discorrer sobre um fato histórico estático que decorreu em alguma parte do desenvolvimento do homem, mas sim de uma “metamorfose⁶⁰ ambulante⁶¹”, de um grupo que cada vez mais se transforma,

⁵⁸ Vale ressaltar que não estamos falando do conceito jurídico, sociológico ou filosófico de família, mas da noção empírica dela, que qualquer ser humano é capaz de ter no início de sua vida.

⁵⁹ Sobre o assunto, manifesta-se a autora: “Como a linguagem condiciona o pensamento, é mister subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones figueiredo Alves, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em sua multifacetadas formatações. Assim, a expressão **direitos das famílias** melhor atende à necessidade de passar-se, cada vez mais, a enlaçar, no âmbito de proteção as famílias, todas as famílias, sem discriminação e preconceito” (DIAS, 2009, p.28).

⁶⁰ De acordo com o dicionário online de português (2009), a palavra metamorfose significa mudança de uma forma ou de outra; transformação importante no corpo ou da forma de vida, mudança completa no caráter ou no estado de uma pessoa.

toma novos contornos, parecendo um “lego”⁶², que está e estará fadado a constantes mudanças ao passar dos anos. Claro que estas novas concepções clamam por novas discussões, interpretações e dispositivos jurídicos.

Entretanto, é muito difícil que o Direito consiga acompanhar todas essas transformações, e que produza leis específicas a cada novo tipo que aparece com as mudanças advindas da estrutura familiar, nomeadamente, o Direito dos países regidos pelo sistema legal – *civil law*, que depende de um processo mais complexo de feitura e vigência da lei⁶³.

Desta forma, indiscutivelmente, os fatos sociais precedem o Direito. A família, maior geradora de fatos sociais, ao desmistificar alguns tabus, finca novos contornos que atingem e mudam a sociedade de forma tão acelerada que é impossível que dispositivos e pensamentos jurídicos alcancem-na.

O impasse é traçado no momento em que esses novos contornos ficam a mercê de regulamentação, trazendo insegurança jurídica aos desiguais. Entretanto, sem dúvidas, os novos ideais trazidos após as duas Grandes Guerras⁶⁴ pelos Direitos Humanos vêm, em forma de *jus cogens*, assegurar as condições mínimas necessárias para uma vida digna.

Desta forma, trazendo uma abordagem multidisciplinar entre a história, filosofia e a ciência jurídica, pretende-se aqui apontar a importância das conquistas dos Direitos Humanos para a consolidação das famílias hodiernas, bem como a influência que trazem permanentemente para o Direito de Família pós-moderno.

2 FAMÍLIA E DIREITO: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

⁶¹ Faz-se menção, nesta oportunidade, à música brasileira, *Metamorfose Ambulante*, de autoria de Raul Seixas (1973), onde é abordada a capacidade de adaptação e mudança do ser humano: “Prefiro ser/Essa metamorfose ambulante/ Eu prefiro ser/Essa metamorfose ambulante/Do que ter aquela velha opinião/Formada sobre tudo”.

⁶² Sobre o termo, recomenda-se o artigo, *A família Lego* (MALVEIRA, 2010).

⁶³ Nessa linha, explica Dias (2009, p. 26): “Ainda que tente a lei prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. A moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos. A realidade sempre antecede ao direito, aos atos e fatos e tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado”.

⁶⁴ “Direito pós-guerra, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante o período de 1939 – 1945, que foi marcado por inúmeras violações de direitos humanos [...] o legado do holocausto para internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial de que falta de uma arquitetura internacional de proteção de direitos, com vistas a impedir que as atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente [...] viram-se os Estados obrigados a construir toda uma normatividade internacional eficaz em que o respeito aos direitos humanos encontrasse efetiva proteção (MAZZUOLI, 2008. p. 745).

Desde a era primitiva, a formação de grupos é necessária para a manutenção da vida, é a justificativa biológica⁶⁵ da natureza humana⁶⁶. Assim, a família precede o Direito⁶⁷, e o direito “existe pelas pessoas e para as pessoas. Tem como fim reger a sua interação no mundo de um modo justo. As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do Direito” (VASCONCELOS, 2006, p. 5).

Para que se chegue a um conceito pós-moderno sobre o que é família, necessário faz-se saber de onde ela veio, com que função, e como se deu o seu desenvolvimento. Desta forma, com fins meramente acadêmicos, dividir-se-á esse desenvolvimento em cinco fases, fazendo breves considerações acerca de suas características e conceitos até o momento de sua atual situação, com o fim de, logo após, discutir a relação das conquistas dos Direitos Humanos e a família plural contemporânea.

2.1 A FAMÍLIA PRIMITIVA NA VISÃO DE ENGELS

Os estudos realizados por Engels (2011) ainda no séc. XIX, publicados no livro, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, em 1884, permitiram restabelecer os traços essenciais do fundamento pré-histórico da história escrita, e ainda visualizar, através da *gens iroquesa*⁶⁸, a forma primitiva que originou as *gens* posteriores, encontradas entre os povos civilizados da antiguidade, como os gregos,

⁶⁵ “A esses fatores biológicos e psíquicos se vêm aliar outros de natureza sociológica. Penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa. Sabe-se que, no entanto, que a família não é resultado apenas de um fato natural, recebendo influências culturais dos povos, sendo moldada de acordo com aspectos religiosos, culturais e sociais” (BEVILÁQUA, 1976, p. 17).

⁶⁶ Pinto (2011, p. 91), citando Vicente Faria Coelho (1956), ensina que a existência de vínculos afetivos é algo inerente aos seres vivos em geral. A família é um fato natural: “o ser humano, em especial, estabeleceu grupos sociais que se formaram a partir dos laços familiares, ora poligâmicos, ora monogâmicos”. Pinto afirma que “uma vez que as mudanças sociais e familiares são uma constante, constata-se que os fatos sociais antecedem a regulamentação jurídica” (PINTO, 2011, p. 93).

⁶⁷ Também, para Maria Berenice Dias, a família precede o direito, uma vez que “a lei corresponde sempre ao congelamento de uma realidade dada, de modo que a família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Esta preexiste ao Estado e está acima do direito. As modificações da realidade acabam se refletindo na lei, cumprindo assim sua vocação conservadora” (DIAS, 2009, p. 27).

⁶⁸ Esta é a premissa que Engels reconhece e valoriza nos estudos do antropólogo norte-americano, Lewis H. Morgan sobre os laços de parentesco entre as tribos indígenas então localizadas no Estado de Nova York.

romanos, celtas e germanos (ENGELS, 2011). Através da presente análise, o autor realiza estudo sobre a família que até hoje se faz atual.

Fazendo referência aos estudos de Morgan (1877), *A sociedade antiga* Engels (2011) tem como ponto de partida o fato de que o desenvolvimento humano depende do grau de desenvolvimento do trabalho e da família. Para Morgan, há três fases de estágios pré-históricos de cultura que se confundem com o desenvolvimento do ser humano, são elas: **Estado Selvagem**: período em que predomina a utilização da matéria bruta, sendo as produções artificiais do homem destinadas a facilitar essa apropriação; **Barbárie**: período em que aparecem a criação de gado e a agricultura, com o início do incremento da produção, pelo trabalho humano; e **Civilização**: período da indústria e da arte. O homem aprimora os produtos naturais.

Paralelamente ao desenvolvimento do ser humano, tem-se o desenvolvimento do grupo familiar refletindo diretamente no modo de vida da sociedade. Diante desta interligação, Engels (2011) consegue caracterizar os sistemas de parentesco e de formas de matrimônio que levaram à família.

A primeira fase de progresso, ainda pertencente à fase selvagem de desenvolvimento do homem, ainda vislumbra a promiscuidades das relações carnais, não havendo barreiras impostas pela cultura, nem relações de matrimônio ou descendências. A **família consanguínea** se caracteriza por excluir pais e mães das relações sexuais recíprocas, marcando-a como uma relação mútua e endógena; **a família punalua** representa pela instituição de *gens*⁶⁹, uma vez que excluem ascendentes e irmãos das relações sexuais; **A família sindiásmica**, pertencente à fase da barbárie, faz lembrar o modelo monogâmico de civilização, uma vez que se institui casamento por pares, onde a mulher, e somente esta, deve permanecer fiel ao seu marido, sob pena de ser castigada. Mesmo assim, vale ressaltar que este tipo de família ainda detinha a esta mulher o poder de sua prole, ou seja, no caso de dissolução da união, ficavam os filhos com suas mães.

De acordo com Westermack (1891, p. 7-9), as *gens* “formaram a base da ordem social da maioria, senão da totalidade, dos povos bárbaros do mundo, e dela passou-se na Grécia e Roma, sem transições, à civilização”. Desta forma, o autor define *Gens* como um círculo fechado de parentes consanguíneos por linhas

⁶⁹ De acordo com Engels (2011, p. 36), é “grupo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina que não podem casar uns com os outros”.

femininas, que não podem casar uns com outros. E a partir de então, este círculo se consolida cada vez mais por meio de instituições comuns, de ordem social e religiosa, que o distingue das outras *gens* da mesma tribo.

Fácil é perceber que essa ‘evolução’ na família emerge a mulher em um cenário de opressão, pois quanto mais se distanciava do modelo primitivo, mais a mulher perdia espaço para o senhor patriarca, gerente da família, ilustrando uma larga diferença entre as famílias primitivas mencionadas (grupos livres e matriarcais) das famílias monogâmicas, típicas da época romana e medieval, bem como a moderna.

O patriarcado⁷⁰, sem dúvida, marca a passagem da família sindiásmica à família monogâmica. Agora o homem passa a ser o centro da família, e é sobre suas regras e administração que ela funcionará. Para Engels (2011, p. 48-55), foi a “grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo, pois houve um processo de escravização de um sexo pelo outro”.

Por isso, não é correto o raciocínio de que a monogamia na fase primitiva simbolizava qualquer tipo de amor ao outro parceiro, mas tão somente, a preocupação das condições econômicas, na herança e no triunfo da propriedade comum primitiva, tanto é que a liberdade sexual do homem persiste através do heterismo – relação extraconjugal do homem com mulheres não casadas – alimentada pela prostituição e adultério⁷¹.

2.2 A FAMÍLIA ROMANA

Para “satisfazer uma finalidade essencialmente política de assegurar a ordem internamente; e defender os seus membros exteriormente” (JUSTO, 2008, p. 14), tem-se então caminhando mais a frente na história a família Romana. Etimologicamente, o vocábulo *família* pode significar a ideia de servidão da casa – *domus* – onde o *paterfamilias* dirige o culto familiar.

⁷⁰ Segundo Engels (2011, p. 40), é o predomínio do homem que tem como finalidade procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível, exige-se essa paternidade porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos entrarão na Ordem de bens de seu pai.

⁷¹ “Não entra de modo algum na história como uma conciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como forma mais elevada de casamento. Pelo contrário, surge sob a forma de subjugação de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, em toda a pré-história” (ENGELS, 2011, p. 71).

Porém, devido à influências políticas e religiosas, podemos notar que há uma grande diferença entre os conceitos de família romana entre as épocas arcaica (753 e 130 a.C.) e clássica (130 a 230 a.C.); e das épocas pós-clássicas (230 e 530 d. C.), justiniâneas (530 -elaboração do digesto - a 565 d. C.) . Em geral, é possível classificar a família romana, de acordo com a concepção de Ulpianus (1954 *apud* JUSTO, 2008, p. 10), “como uma organização jurídica que congrega uma pluralidade de pessoas sujeitas ao poder de um chefe, denominado *paterfamilias*”. Isto é, um grupo de pessoas unidas por um direito de relação especial ou pelo direito comum de parentesco.

*Paterfamilias*⁷² significa aquele que tem domínio na casa e é assim propriamente chamado, ainda que não tenha filho, uma vez que tal denominação não se relaciona apenas a possuir ou não prole, mas à posição de direitos. Com a morte do *paterfamilias*, os que estavam sujeitos ao seu poder começam a constituir famílias distintas e todos começam a ser *paterfamilias* de outros grupos, portanto, a morte do chefe de família marca tanto a cessação quanto a constituição da família romana. Outro tipo de constituição é com a emancipação de um dos filhos, já que independente, pode constituir sua própria família (JUSTO, 2008). Devido a essa administração hierárquica, a família romana é exclusiva, uma vez que não pode subjugar-se concomitantemente a dois chefes diferentes, quais sejam, o da família paterna e o da família materna, e sim, somente ao da paterna, e será ele o senhor sacerdote, o administrador dos conjuntos dos bens que constituem um patrimônio independente e o juiz de um tribunal doméstico.

Para além deste conceito estrito, tem-se o conceito lato de família que corresponde aos grupos que estariam sujeitos à mesma *potesta* se o *paterfamilia* não tivesse morrido, e o sentido latíssimo, que engloba as pessoas, os escravos e coisas que compõem da unidade doméstica (JUSTO, 2008, p. 10-11).

⁷² De acordo com o brilhante ensinamento de Santos Justo, *paterfamilia* é aquele que: “governa a família com autonomia, mas não independente porque a sua *potesta* é institucional. É diligente e observa escrupulosamente a *religio* que transmitida de geração em geração, justifica que houvesse, em cada família, uma comunhão entre presentes e ausentes que leva a doutrina a falar de eternidade. Não é propriedade de bens familiares que pertencem ao núcleo dos elementos que, a sua morte, se consideram *sui heredes*, mas só ele tem o direito de disposição. [...] É *paterfamilias* quem não têm ascendentes masculinos vivos de quem esteja sujeito.pode ser pai, avô paterno ou bisavô dos membros nascidos na família de que é chefe; e é também titular da *potestas* sobre quem, através de negócio jurídico, ingressou na família. Pode não ter mulher nem filhos, reduzindo-se na família à sua pessoa” (JUSTO, 2008, p. 16-17).

A passagem da família arcaica até as demais sucessoras foi marcada por uma incessante intervenção do pretor e, sobretudo, pela atividade legislativa determinada, ora por motivos de caráter políticos, ora pela necessidade de pô-la em sintonia com a nova realidade cultural⁷³. Este novo cenário trouxe novas acepções cristãs impregnadas de ética e moral que moldaram a família romana.

As principais mudanças foram que na época clássica a mulher já poderia se desvincular da *manus* do marido, e nessa hipótese, os seus bens não ingressariam na família a que ele pertencesse, estabelecendo sucessão hereditária entre mãe e filho; poderia ter a guarda do seu filho, caso o genitor ou tutor tivesse má conduta; além disso, afasta-se o direito de venda dos filhos, e o direito do *pater* de corrigir os filhos é agora moderado. Por sua vez, na família pós-clássica, o infanticídio é reprimido como homicídio, reconhecem-se novos pecúlios e admite-se que as *filiae* podem obrigar-se por contrato. É óbvio que tais mudanças contribuíram para o desenvolvimento da família, tanto no campo sociológico, quanto no campo jurídico, contudo, o sistema patriarcal predominou, até pouco tempo, como principal característica da família.

2.3 A FAMÍLIA MEDIEVAL – INFLUÊNCIA DA IGREJA CATÓLICA

Deus criou Adão, e depois tirou do corpo dele a carne da qual fez o corpo de Eva. Abençoou então o homem e a mulher e lhe disse: “sedes fecunda, multiplicai-vos, enchei e dominai a terra” (BÍBLIA, Gênesis, vers. 27-28).

É certo que a Igreja católica imperou durante muito tempo, tendo influenciado nas formas de comportamento, moral, ética e, claro, na formação das famílias no Ocidente. Cultuar Deus em primeiro lugar e a família em segundo. Grupo sacro, respeitado, impunha monogamia, fidelidade e respeito. A mulher, comparada à Maria como mãe formosa e compreensiva, o pai, chefe e patriarca, ao qual cabia a organização e administração da casa, e os filhos, que representavam o fruto daquela união.

⁷³ A figura do *paterfamilias* e a personificação do princípio do patriarcado. O poder do chefe de família era tamanho que poderia ser analogicamente comparado com o poder estatal: “A analogia é realmente profunda pela sujeição dos membros da família, a uma só soberania e jurisdição, podendo igualar-se a *manus* e potestas com a autoridade do rei” (VICENTE, 1956, *apud* PINTO, 2011, p. 92).

A igreja católica, sem dúvida, desenhou o modelo de família clássica, estereotipada, onde homem e mulher unem-se em prol da procriação, da manutenção da espécie, mediante a benção do senhor através do matrimônio. Desta forma, este último era sinônimo de família.

2.4 A FAMÍLIA MODERNA

Segundo Maria Berenice Dias:

O distanciamento da igreja, a quebra da ideologia patriarcal decorrente da chamada revolução feminina, a liberdade dos costumes, bem como o surgimento de métodos contraceptivos e a evolução da engenharia Genética, acabaram por redimensionar o próprio conceito de família (DIAS, 2006, p. 1)⁷⁴.

As constantes reivindicações por igualdade e liberdade trouxeram reflexos nas relações familiares, surgindo, assim, a família moderna. Nota-se que, contrariando concepções anteriores, a nova família preocupa-se com o amor recíproco, apesar de ainda se constituir com fins de reprodução, é necessário que o casal queira e sinta algum sentimento afetivo recíproco, e, por isso, o respeito é fundamental⁷⁵. Desta forma, a mulher e os filhos, neste momento, são considerados sujeitos de direitos. Ademais, apesar de considerar o matrimônio a principal forma de constituição do grupo familiar, já são previstos direitos e deveres a ambos os cônjuges e a possibilidade de divorciarem-se (PINTO, 2011, p. 96).

Clóvis Beviláqua (1976, p. 17) preleciona os fatores de constituição da família moderna, que são: o instituto genesiaco, o amor que aproxima os dois sexos, e os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher.

2.5 A FAMÍLIA PÓS-MODERNA

A família pós-moderna, muitas vezes confundida com a família moderna, difere-se substancialmente desta última, ao passo que tem por base o afeto⁷⁶. De

⁷⁴ Disponível em: <www.ibdfam.org.br>.

⁷⁵ Nesse contexto, Lage (2010, p. 451) preleciona que: “Nesse conceito de família solidarista, torna-se de suma importância a convivência entre seus membros. Alteridade e reciprocidade são palavras-chaves nessa nova relação familiar. É de suma importância o papel do outro na formação da personalidade e dignidade de seus membros, uma vez que deve tratar os interesses do outro como trataria seus próprios interesses”.

⁷⁶, Elisabeth Roudinesco faz a seguinte distinção: “A família dita ‘moderna’ torna-se receptáculo de uma lógica afetiva cujo modelo se impõe entre o final do séc. XVIII até meados do séc. XX. Fundada no amor romântico, ela sanciona a reciprocidade de seus sentimentos e os desejos carnis por intermédio do casamento. Mas valoriza a divisão do trabalho entre os esposos fazendo ao mesmo tempo do filho um sujeito cuja educação é encarregado de assegurar. Impõe-se a família dita

certa forma, nesse conceito plural, 'liberal', pode-se afirmar que a família dos dias atuais é um instrumento que seus componentes utilizam para sua própria realização pessoal. Enuncia doutor Guilherme de Oliveira (1975), que a alteração mais significativa da família envolve um direito à felicidade individual, conjugal, e seu maior bem é agora a felicidade que o agregado familiar pode proporcionar a cada um de seus membros, senhores e não servidores da família.

Aceita-se, ou pelo menos busca-se aceitar, a harmonia entre as diversas formas de constituição de família. Nela, filhos já não têm mais classificação, mulheres têm os mesmos direitos e deveres que os homens, a mãe solteira já não é mais marginalizada e o pai pode ser o 'dono de casa', enquanto sua esposa, a mantenedora; os homoafetivos podem formar família e adotar filhos, e até podem obtê-los via inseminação artificial⁷⁷.

Segundo Pinto (2011, p. 96), "não obstante o Estado proteja a família e implicitamente preveja o direito fundamental ao convívio familiar, o que está em voga é a desestatização do afeto", uma vez que concerne a relação íntima de afeto, não se admitindo que o Estado intervenha, senão para garantir a prevalência de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana⁷⁸.

A família hodierna transforma-se em instituição na qual é possível unificar sentimentos e vínculos que constroem a dignidade, fazendo com que cada um possa seguir o caminho da realização de seu plano pessoal de felicidade (VIANNA, 2010). Desta forma, o Direito passa a dispor regras e princípios que visam à tutela

contemporânea ou pós-moderna, a que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual. A transmissão da autoridade vai se tornando então cada vez mais problemática à medida que divórcios, separações e recomposições judiciais aumentam (ROUDINESCO, 2003, p. 19).

⁷⁷ Na mesma linha, o autor Renato Nalini (2009 *apud* PINTO, 2011, p. 97) descreve, brilhantemente, que a família moderna configura-se por: "Ex-casais se frequentam para visitar, assistir, socorrer, infelizmente sepultar ou – o que é mais prazeroso – para festejar com filhos comuns. Proles diversas convivem e não se estranham. Filhos aprendem a partilhar com os enteados do pai ou da mãe a seus espaços, seus pertences e seu tempo. A filha solteira grávida, já não tem mais que sair de casa, banida, repudiada. Pais assumem a criação do neto e se renovam no contato com a infância [...] O valor da família continua a residir em todos os discursos. Mas é uma família diferente. Múltiplas as suas conformações. Impossível concluir que uma delas seja vedada pelo ordenamento. O mundo é como é, não como cada um gostaria de que ele fosse."

⁷⁸ Segundo Dias (2009, p. 30): "O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as regras são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existam razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. O grande problema reside em se encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar, regular sem engessar".

de uma dimensão existencial e não mais restritivamente patrimonial, ligada fundamentalmente à proteção da pessoa e da personalidade humana.

3 A ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são históricos, marcados por grandes revoluções, guerras e reivindicações, foram construídos ao longo do desenvolvimento da sociedade, delineados pela sede de justiça, confundindo-se com a evolução do pensamento em relação ao próprio ser humano. Entretanto, não será o foco do presente trabalho a abordagem profunda de seus precedentes, mas, tão somente, qual elemento histórico que tornou os Direitos Humanos tão essenciais para a consolidação dos direitos das Famílias contemporâneas⁷⁹.

Como já observado, ao longo do desenvolvimento da família, a valorização do ser individual foi tomando significativas proporções, através da especificação dos sujeitos de direitos, e da tutela geral de dignidade. O Estado vai afastando-se cada vez mais da tutela familiar, sendo apenas mediador ou limitador das transgressões que eventualmente podem ocorrer. A mulher ganha papel importante no mundo jurídico e começa a ser tratada de forma igualitária ao homem, os filhos começam a ser respeitados, e qualquer forma de família começa a ser aceita e tutelada pelo Direito.

Contudo, é pacífico que esses direitos não brotaram de terras inférteis. A área extensa e frutífera que hoje comporta todos os direitos e garantias do indivíduo foi anteriormente muito preparada até que conseguisse prosperar. Baseado num ideal de liberdade, define uma limitação dos poderes do Estado à liberdade do indivíduo. Isto é, em uma primeira análise, os Direitos Humanos chegaram para reservar uma espécie de espaço sagrado onde os direitos vitais delineiam um muro protecionista de esfera privada e inviolável à volta do indivíduo (HAARSHER, 1997).

Ao mesmo tempo em que o Estado 'perde' poder sobre os indivíduos, será ele o interventor e mediador nos casos em que outro membro da sociedade ferir direito de um ser humano, tendo os Direitos Humanos, por isso, um caráter ambíguo, vez que mesmo enfraquecendo sua intervenção perante o grupo familiar, reforça-o, na

⁷⁹ Para leitura complementar sobre a origem dos Direitos Humanos indica-se: Marques (2005, p. 157-159), MAZZUOLI (2008), Flávia Piovesan *et al.* (2008; 2012) e HAARSHER, Guy (1997).

medida que só ele pode punir os atentados aos direitos fundamentais que ocorram entre governados (HAARSHER, 1997).

Para Haarsher (1997), os Direitos Humanos estão ligados a uma filosofia individualista, isto é, os indivíduos, com seus direitos, constituem o fim da associação política, o que religa a concepção dos direitos do Homem à ideia de um poder fundamentado no contrato social. O autor dá a este “contratualismo” que se desenvolveu na época moderna quatro características mais importantes: o **estado de natureza** – consideram-se os indivíduos tal como eles seriam sem, ou antes da existência de qualquer autoria política, naturalmente é suposto que os homens são livres e iguais; o **direito natural** – são direitos positivos, impostos pelo legislador e derivam da autoridade política, sem esta expressão da vontade do poder, esses não existiriam; o **contrato social** – só se passa do estado de natureza ao estado político pelos viés de uma convenção, o grande problema é que o Estado, composto por homens, é falível, daí a necessidade desta autoridade ser instaurada na base de um contrato com cláusulas precisas; esta convenção surge, como estritamente bilateral, o mesmo é dizer que ela implica, por vontade das partes, direitos e obrigações rigorosamente correlativos, complementares; e o **racionalismo** – a universalidade do direito natural derivaria da presença da faculdade racional em todo homem; a razão uniria na medida em que levaria à descoberta da natureza do homem, bem como das prerrogativas essenciais ligadas a essa natureza para que ela possa realizar seus fins próprios (HAASHER, 1997, p. 16-26).

Noberto Bobbio (1992) discute acerca da origem dos Direitos Humanos, sustentando que do ponto de vista histórico a origem dos Direitos do Homem se dá durante o início do estado moderno, mediante a uma inversão de perspectiva entre a relação Estado/cidadão ou soberano/súdito, provocada principalmente pelas guerras de religião, que firmam o direito de resistência à opressão, que incita outro ainda mais substancial e originário, ou seja, o direito de gozar de uma das liberdades fundamentais.

Já no ponto de vista teórico, o autor sustenta que são direitos históricos, nascidos de forma gradual, em circunstâncias peculiares onde predominavam lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. É por isso que a liberdade religiosa nasce dos efeitos das guerras de religião, das liberdades civis, da luta contra o parlamento contra os soberanos absolutos, das liberdades políticas e sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento dos trabalhadores

assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, etc.. Desta forma, os Direitos Humanos, nascem quando há aumento do poder do homem sobre o homem, ou quando se criam ameaças a liberdade do indivíduo, ou ainda permitem novos remédios para suas indigências (BOBBIO, 1992).

Reis Marques (2005, p. 167), em excelente ensaio, descreve a origem e o desenvolvimento dos Direitos Humanos até a sua fase moderna a partir da percepção das diferenças entre sujeitos que vivem em um mesmo grupo: “se o sujeito jurídico abstracto é imune a todos os laços substantivos e é livre e igual a todos os restantes sujeitos, o sujeito jurídico situado recria as suas condições de existência na sociedade, a que correspondem específicos direitos fundamentais”.

Os diversos pensamentos, lutas e revoluções deram origem a uma cultura de cuidado com o ser humano, refletidas nas Declarações de 1789⁸⁰, esta com algumas reservas ainda⁸¹, e 1948⁸² que alicerçou o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O foco agora é dignidade inerente ao ser humano, independentemente de como ele seja. O mais importante a ser dito aqui é que, a partir de princípios gerais, norteadores deste ramo do Direito, foi possível resguardar os direitos e garantias daqueles marginalizados, que ainda sofrem por serem ‘diferentes’ da massa⁸³.

⁸⁰ Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789, preâmbulo: “os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, para que esta declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes recorde sem cessar os seus direitos e os seus deveres; para que os actos do poder legislativo e do poder executivo, podendo a todo o momento ser confrontados com o objectivo de todas as instituições dos cidadãos, baseadas a partir de agora em princípios simples e incontestáveis visem sempre a defesa da Constituição e a felicidade de todos. Em consequência, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser supremo, os direitos seguintes do Homem e do Cidadão” (*apud* HAARSHER, 1997, p.167).

⁸¹ De acordo com Pinto (2011, p. 89): “a igualdade almejada, portanto, seria entre os homens das diferentes camadas sociais, não podendo apreender-se que a palavra homem também englobasse as mulheres na busca por direitos. A Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 trata apenas dos homens porque somente a estes era reconhecida a participação ativa enquanto sujeitos de direitos”.

⁸² Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada e proclamada pela Assembleia Geral das nações Unidas na sua resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948, com o ideal comum de atingir todos os povos e todas as nações a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo a Declaração constantemente no espírito, se esforcem, através do ensino e da educação, para desenvolver o respeito por estes direitos e liberdades assegurando, através de medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e aplicações universais, tanto entre as populações dos próprios estados membros como das populações dos territórios que se encontram sob a sua jurisdição. Art. 1º “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir entre si num espírito de fraternidade” (*apud* HAARSHER, 1997, p.170).

⁸³ Vale ressaltar que da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 até a Declaração Universal dos Direitos do homem, houve grandes mudanças. A primeira ainda se referia ao homem – cidadão integrado ao Estado – ou seja, ao ser que tivesse classe, raça, religião e sexo reconhecidos

3.1 OS DIREITOS HUMANOS E AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

Se a família precede e dita direitos, e os Direitos Humanos estão para resguardar as diversidades dentro de um grupo, a relação entre os dois é essencial.

Com a evolução do conhecimento científico, movimentos políticos e sociais do séc. XX e a globalização, com a Revolução Industrial, a redivisão do trabalho e a Revolução Francesa, houve mudanças substanciais no que concerne à família⁸⁴, bem como nos ordenamentos jurídicos em todo o mundo. Esses novos ideais trouxeram, como já dito, a compreensão dos Direitos Humanos e o valor da dignidade, já insculpidos na maioria das Constituições democráticas, reconhecido pela ONU em 1948 (PEREIRA, 2002).

Prova disto é a proteção da mãe solteira, através de equalização de direitos entre homem e mulher e do reconhecimento da família monoparental⁸⁵; o reconhecimento das uniões homoafetivas (CHAVES, 2011)⁸⁶ e da própria homossexualidade, em si⁸⁷, das famílias reconstituídas, da valorização da infância (CARACIOLA, 2010), da reprodução humana assistida, superação da monogamia

pelos governantes e pela sociedade. Mesmo assim, foi, sem dúvidas, precursora para a integralização destes ideais no Direito Constitucional de cada país. Porém, somente em 1948 é que o homem será enxergado como ser abstrato, contribuindo para aceitação da diversidade, caminho exato para o universalismo do ser humano.

⁸⁴ Ensinam os doutores Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (2011, p. 100-101): “A evolução da família, ao longo dos tempos, mostra-nos que esta tem perdido algumas das suas funções tradicionais. Perdeu a função política que tinha no direito romano, quando se estruturava sobre o parentesco agnático, assente na ideia de subordinação ou sujeição ao *pater familias* de todos os seus membros. Perdeu a função económica de unidade de produção, embora continue a ser normalmente uma unidade de consumo. As funções educativas, de assistência e de segurança, que tradicionalmente pertenciam à família, tendem hoje a ser assumidas pela própria sociedade. Por último, a família deixou de ser fundamentalmente o suporte de um património de que se pretenda assegurar a conservação e transmissão, à morte do respectivo titular [...] A desfuncionalização da família reforçou, porém a sua intimidade, e permitiu que se revelassem, por assim dizer, as funções essenciais e irredutíveis do grupo familiar: nas relações entre cônjuges, a sua mútua gratificação afectiva, e , por outro lado, a socialização dos filhos, ou seja, a transmissão da cultura, como conjunto de normas, valores e ‘papéis’ e modelos de comportamento dos indivíduos”.

⁸⁵ Artigo 226, parágrafo 4º da Constituição Federal brasileira.

⁸⁶ Conferir também Chaves (2012).

⁸⁷ “O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminação injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e integridade física e psíquica. [...] O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios de liberdade e da igualdade. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha. [...] preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais” (DIAS, 2010, p. 135-137).

como princípio jurídico, e até mesmo das uniões poliafetivas⁸⁸. E, não! Definitivamente não é o fim da família, mas sim o alargamento dela, uma miscelânea que agrega reconhecimentos, que resguarda dignidade. É por isso que as leis têm que ser, permanentemente, ‘oxigenadas’.

No entanto, árdua é a tarefa de mudar as regras do direito das famílias. Elas teriam que ser sempre flexíveis. As relações afetivas, intrínsecas às relações familiares, vislumbram traços comportamentais que interferem na estrutura da sociedade e que o legislador não consegue acompanhar, pois se trata de um direito que diz respeito à vida da pessoa, com seus sentimentos, algo muito íntimo, que nem sempre simples papéis conseguem alcançar (DIAS, 2009).

Por isso, para Maria Berenice Dias (2009) os Direitos Humanos são a “espinha dorsal” da produção normativa contemporânea, pois cabendo ao Estado organizar a vida em sociedade e proteger os indivíduos, impõe a ele pautas de condutas, regras de comportamentos a serem respeitadas por todos, contudo:

Não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz. Daí o surgimento de normas que não criam deveres, mas simplesmente descrevem valores (DIAS, 2009, p. 25).

Isto posto, a família é ligada ‘umbilicalmente’ aos direitos humanos, já que a base é a igual dignidade para todas as entidades familiares. Nesta ótica, os Direitos Humanos são intrínsecos à democracia e da cidadania⁸⁹, pressupostos de ordem da vida contemporânea (PEREIRA, 2002).

Assim, independentemente de dispositivos em leis, graças às conquistas dos Direitos Humanos, atualmente, há princípios gerais, prerrogativas mínimas para a condição de existência de um ser humano. Ao invés de referir-se sobre grupo hierárquico, patriarcal e patrimonial, falamos de um instrumento⁹⁰ de realização pessoal para cada ente que compõe a família⁹¹.

⁸⁸ Refere-se à primeira escritura pública de união estável poliafetiva feita no Brasil, na cidade de Tupã, São Paulo (ROSALINO, 2012).

⁸⁹ De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2002), cidadania é “não-exclusão”, assim, configura-se na inserção das várias representações sociais da família, da valorização do sujeito de Direito mais profundo e ético. É a inclusão e a consideração das diferenças como imperativo da democracia.

⁹⁰ “A família instituição foi substituída pela família instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade” (DIAS, 2009, p. 43).

⁹¹ “Agora, a família não é mais transpessoal, ao contrário, ela é eudemonística. Portanto, o direito, acompanhado da evolução cultural, aponta para uma norma que se preocupa muito mais com a

São então sujeitos de direitos da família contemporânea, a mulher enquanto esposa, enquanto mãe e tão só enquanto mulher⁹², os filhos, independentemente do adjetivo que um dia poderia ter sido classificado pelo Direito, o homem, enquanto marido, pai e homem, da mesma forma que a mulher – claro que aqui é importante fazer diferenças biológicas, que entre os dois sexos se impõem, para haver a verdadeira igualdade (DIAS, 2009). São sujeitos de direitos da família também o casal homossexual que resolve se unir; os avós que necessitam de atenção, que precisam de pensão, ou queiram só fazer visitas aos netos; os irmãos que decidem continuar morando juntos após a vida adulta.

Considerando a grande importância social da família, coerente é o fato de que o Direito dela se ocupe, considerando o principal ambiente das mudanças sociais, pois deste modo, preserva a sociedade (ALMEIDA, 2010). O Direito de Família vem então organizar as famílias, regulando as inter-relações que ligam seus componentes através de vínculo consanguíneos, afetivos ou de afinidade (DIAS, 2009, p. 35).

Não há dúvidas, portanto, que “o Direito da família é o mais humano de todos os ramos do Direito” (PEREIRA, 2002). Necessita, pois, que seja estudado e aplicado sob a ótica dos Direitos Humanos, e este, por sua vez, auxiliará, através de seus princípios gerais, a aplicação do conceito de dignidade e cidadania, bem como o acompanhamento das diversas e sucessivas mudanças sociais no mundo jurídico.

4 CONCLUSÃO

Claro é que a família se confunde com a própria existência da sociedade, mesmo que anteriormente, dela não se falasse, estudasse ou conceituasse. A

felicidade de seus membros e, sobretudo, com a possibilidade de sua realização, centrada sempre no princípio da dignidade da pessoa humana” (CÂNDIDO, 2010, p. 19).

⁹² Sobre a revolução da mulher, Lygia Fagundes Telles (2008, p. 670) descreve: “a mais importante revolução do séc. XX. No seu planejamento e estrutura seria uma revolução mais prudente e mais paciente, obscura, talvez, contudo, ambiciosa na sua natureza mais profunda e que teria seu nascedouro visível no fim do séc. passado para vir desenvolver-se plenamente após a Segunda Grande Guerra: os homens válidos partiram para as trincheiras. Ficaram as mulheres na retaguarda e dispostas a exercerem o ofício desses homens nas fábricas. Nos escritórios. Nas universidades. Enfim, as mulheres foram à luta, para lembrar a expressão que começava a ficar na moda. A pátria em perigo abrindo os seus espaços, inclusive em atividades paralelas à guerra, desafios arriscados que enfrentaram com a coragem de assumir responsabilidades até então só exigidas ao primeiro sexo”.

família, sem dúvida alguma, precede o Direito, inventa história, muda situações, destrói paradigmas. Uma verdadeira metamorfose ambulante, *que um dia pode ser estrela e noutro se apagar, que um dia pode se amar e noutro se odiar* (SEIXAS, 1973). Não se fala aqui ao contrário e nem se pretende dizer que a verdadeira 'culpa' da família contemporânea existir é dos Direitos Humanos.

Todavia, pretendeu-se aqui mostrar a estreita ponte, a interligação, quiçá, uma interdependência entre os dois ramos, uma vez que as legislações positivadas possuem um processo de feitura demorado, nunca conseguindo alcançar o ritmo de mudança da sociedade.

Os Direitos Humanos, portanto, mediante intensas lutas sociais, trouxeram princípios internacionais, gerais, que devem ser respeitados, mesmo na falta de lei específica que os trate. Hodiernamente, já não pode pensar ou tratar qualquer indivíduo, pessoa, homem ou mulher, seja qual for sua opção sexual, sua cor, sua religião ou classe social, sem dignidade, sem liberdade, sem igualdade, sem cidadania. O respeito impera, ou pelo menos deve imperar nas relações interpessoais, e os Direitos Humanos estão ali, resguardando, protegendo, delineando um espaço digno para cada um, independente de ser ou não um ser humano 'conceituado' pela sociedade ou mundo jurídico.

Óbvio que as discussões ainda continuam, nem a família já modificou tudo que tinha para modificar, nem, muito menos, os Direitos Humanos chegaram ao ápice de concretização, de eficácia eficiente. Mas, certamente, os dois trabalham unidos em prol da realização pessoal de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de. Invalidades matrimoniais: revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BÍBLIA SAGRADA, Gênesis, cap. 1, vers. 27-28. São Paulo, Difusão Cultural do Livro LTDA, p. 13.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. Do casamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARACIOLA, Andrea Boari *et al.* (Org.). *Estatuto da criança e do adolescente - 20 anos*, São Paulo: LTr, 2010.

CHAVES, Marianna. *União homoafetiva*: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274/uniao-homoafetiva-breves-notas-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-pelo-stf#ixzz2AkCnaWkR>> Acesso em: 15 jul. 2011.

_____. *Homoafetividade e Direito - Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade - Um Panorama Luso-Brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família - vol. I - Introdução e Direito matrimonial*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Família Homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *Justiça e Direitos Humanos*. IBDFAM, 2006. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>, Acesso em: 01 nov. 2011.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução de Leandro Konder. In: MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas - vol. 3*. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.

HAARSHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – IV (Direito de Família)*. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade Civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LETOURNEAU, Charles. *A evolução do matrimônio e da família, 1888*

MALVEIRA, Jamille Saraty. *A família Lego*. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=1248>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

MARQUES, Mário Reis, Direitos fundamentais. *Revista Economia e Sociologia*, Évora, n. 80, 2005, p. 157-158.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

METARMOFOSE. In: DICIONÁRIO online de português, Porto, 2009. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/metamorfose/>>. Acesso em: 01 jun. 2012.

MORGAN, Lewis H. *A sociedade primitiva*. Lisboa: Presença, 1973.

OLIVEIRA, Guilherme. Sobre a verdade e a ficção no Direito da Família. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, LI 51, p. 272-83, 1975.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família, Direitos Humanos e psicanálise*. Disponível em: <<http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=591>>, Acesso em: 03 mar. 2002.

PINTO, Olívia, *O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011.

PIOVESAN, Flávia *et al.* (Org.). *Igualdade, Diferença, e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

PIOVESAN, FÁVIA *et al.* *Direitos Humanos na ordem contemporânea*. Vol. V. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSALINO, Cesar Augusto. *União poliafetiva: ousadia ou irresponsabilidade?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22501/uniao-poliafetiva-ousadia-ou-irresponsabilidade>>. Acesso em: ago. 2012.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

TELLES, Lygia Fagundes Telles. *Mulheres, mulheres*. In: PRIORE, Mary del (Org.). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2008.

SEIXAS, Raul. *Metamorfose Ambulante*. Krig-ha, Bandolo!. Universal, 1973. Disponível em: <<http://letras.mus.br/raul-seixas/48317/>>, Acesso em: 01 jun. 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

WESTERMARCK, Edward A. *The History of Human Marriage*. London: Macmillan, 1891.

A INEFICÁCIA DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS AOS MENORES INFRATORES

A FAILURE OF APPLICABILITY OF APPLIED TO MINORS EDUCATIONAL MEASURES OFFENDERS

POLLIANA PEREIRA DE QUEIROGA*

RESUMO

O presente artigo apresenta uma visão focada na ineficácia da aplicação das medidas socioeducativas através do que rege o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos casos em que houver crime cometido por menor de 18 anos. Porém tal problemática não é mais uma questão de cunho exclusivamente político-social, mas jurídico, notadamente no que tange à punição dos infratores. Entende-se que a preocupação exagerada dos legisladores em relação à elaboração de medidas socioeducativas recuperativas é explicada pelo fato de o menor ser ainda um indivíduo em processo de construção da personalidade, que por um ou outro motivo, comete delito, mas que ainda pode ser resgatado para uma sociedade justa no futuro, afastando-o da grande possibilidade que o ronda, no sentido de continuar a delinquir, quando de sua imputabilidade. Na verdade, os legisladores entendem a repressão tal qual no sistema aplicado aos imputáveis como sendo um tanto quanto branda de forma que na maioria das vezes não recupera. As posições doutrinárias sobre a eficiência e aplicabilidade das medidas socioeducativas são diversas, e se estas atuam realmente como uma forma de corrigir e educar os menores retidos, já que a atual situação é de um elevado número de encarcerados e da falta de infraestrutura, e muitas das vezes de menores reincidentes.

Palavras-Chave: Medidas Socioeducativas. Ineficácia. Menores Infratores. Recuperar.

ABSTRACT

This paper presents a vision focused on the ineffectiveness of enforcement of educational measures by regulating the ACE, where there is crime committed by under 18. But this issue is no longer a matter of purely socio-political slant, but legal, notably regarding the punishment of offenders. It is understood that the preoccupation of legislators for the formulation of socio recuperative measures is explained by the fact that the minor is still an individual in the process of construction of the personality, which one reason or another, commits an offense, but it can still be redeemed for a just society in the future, away from the great possibility that round, to further offending when its liability. In fact, legislators understand repression as it applied to the system as being attributable somewhat bland so that in most cases does not recover. The doctrinal positions on the efficiency and applicability of educational measures are different, and if they really work as a way to correct and

* Advogada, especializanda em direito ambiental. Funcionária Pública exercendo atualmente a função de Assessora Jurídica da PROJUR/SUDEMA/PB.

educate minors retained, since the current situation is a large number of prisoners and the lack of infra-structure, and many often from minor offenders .

Keywords: Educational Measures. Ineffectiveness. Juvenile Offenders. Recover.

1 INTRODUÇÃO

É notório em nossa sociedade que a violência entre os adolescentes tem crescido vertiginosamente, de modo que estes estão assemelhados aos adultos em suas atividades delitivas, conscientes, pois, do que querem fazer, e não subprodutos indefesos de uma situação social que os pretere. Embora haja em nosso ordenamento jurídico o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), onde se aplica medidas aos menores que infringem o aludido estatuto infanto-juvenil.

A principal proposta trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é dar um tratamento diferenciado as crianças e jovens devido a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a necessidade de reeducação e ressocialização, uma vez que entende encontrar-se o jovem em fase de imaturidade por isso merecedor de atenção especial.

No desenvolver do trabalho procurou-se demonstrar algumas causas aparentes ou vetores que levam os jovens a prática de delitos, a fim de se apontar a participação e responsabilidade daqueles que se obrigam na educação e no dever de cuidar dos mesmos, sejam eles a família, o estado ou a sociedade, considerados até mesmo como medidas preventivas, analisou-se também as medidas adotadas após o cometimento das infrações penais e considerando um determinado índice de reincidência depois de submetidos às respectivas medidas, abordando até onde a aplicação e execução das medidas influenciam na prática de reincidência dos atos infracionais, se são ou não eficazes considerando os resultados obtidos após aplicação daquelas.

Ademais, busca compreender o devido processo legal aplicado ao menor, de forma a entender, tal princípio dentro das implicações feitas sobre o menor, bem como especializar o processo do menor em razão da sua condição de desenvolvimento.

Também, observar as medidas socioeducativas, em sua essência, abordando a sua ineficácia, seja pela ausência de políticas protetivas e de fiscalização do menor.

Utilizou-se basicamente a técnica de pesquisa bibliográfica de elementos textuais com base na análise da legislação e opinião doutrinária, que pudessem dar sustentação a exposição e conclusão do trabalho, oferecendo um resultado convincente à defesa do tema proposto, bem como pesquisas já realizadas por órgãos governamentais foram utilizados como material de apoio ao desenvolvimento do trabalho, além de matérias jornalísticas e informações de dados de órgãos oficiais divulgados nos diversos meios de comunicação.

Portanto, tem-se como finalidade o presente trabalho demonstrar que atualmente as medidas adotadas pela legislação em vigor aplicada às crianças e adolescentes não são tão eficazes, a ponto de influenciarem na reincidência de atos infrações, considerando o índice de infrações praticadas pelos adolescentes, e tentar objetivar algumas soluções acerca desse problema.

2 O MENOR E O COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS

Leal (1983, p 45), em excelente dissertação, centrada nos fatores e na prevenção da delinquência juvenil, referindo-se às causas com as quais concordamos, assim explica o fenômeno:

No Brasil, a delinquência juvenil é um problema eminentemente estrutural. Os menores delinquentes ou infratores não importa como sejam rotulados em sua maior parte são procedentes das classes desfavorecidas e praticam, no mais das vezes, delitos contra o patrimônio, destacando-se entre eles o furto.

Trata-se, a delinquência juvenil, de um problema complexo, de múltiplas variáveis. Por isso mesmo, pela diversidade de seus fatores endógenos e exógenos, essa, de forma alguma, pode ser vista de um ângulo isolado. Entre os fatores exógenos estão incluídos: a) o desenvolvimento; b) a urbanização; c) a pobreza; d) a família; e) a falta de escolaridade; f) o convívio social impróprio; e g) os meios de comunicação social.

Crianças e adolescentes que passem por situações como estas estão mais suscetíveis e há maior probabilidade de cometerem delitos, sejam por lares desestruturados, menos capazes e de baixo rendimento na escola e vulneráveis à influências dos meios de comunicação do que aquelas de melhor rendimento

acadêmico e bem integrados no meio familiar e escolar, entre tantos outros motivos que se poderia discorrer.

Outro fator seria a desviação social que apregoa ser a delinquência juvenil o resultado do conformismo do jovem com um sistema de valores culturais em conflito com aqueles da sociedade como um todo, surgindo assim conceito de subcultura, consideradas desviantes, pois estas se chocam com as culturas assim entendidas como o conhecimento, as crenças, valores, códigos, gostos e preconceitos, que são tradicionais em grupos sociais e adquiridos pela participação nesses grupos. Assim a teoria da desviação se verifica quando uma pessoa pertence a um grupo cujos pensamentos sejam contrários ao dominante da sociedade.

Em casos de a delinquência surgir dos obstáculos encontrados pelos adolescentes quando estes virem a buscar seus ideais de vida, sucesso na carreira, boa educação e tudo mais que servir de meta e estas encontrarem qualquer impedimento provocados pelas estruturas sociais, serão considerados como teoria da tensão. Tal teoria é originária de Robert Merton, na sua ideia o cometimento do crime decorre de uma pressão da estrutura cultural e suas contradições com a estrutura social, pois os objetivos culturais visam uma ascensão social, e uma vez que essa ascensão é impossibilitada ocorrerá uma tensão que terá como consequências o cometimento de um delito. (MERTON, apud, SHECAIRA, 2008. p. 128-129).

Outra e última teoria a ser exposta como vetor da criminalidade é chamada de ecológica. Os defensores desta teoria consideram que a cidade não é apenas um amontoado de pessoas e de convenções sociais decorrentes do agrupamento humano, mas um lugar onde existe estado de espírito, costumes e tradições. Daí a observação de que dependendo da área geográfica pode haver um maior índice de delinquência em regiões mais pobres, mais povoada, industriais e habitações com várias famílias, como cortiços e favelas. (RUTTER; GUILLER, apud, SHECAIRA, 2008. p.130).

Dentro dessa visão ecológica está associada à urbanização, organização e conservação das áreas de moradia como favoráveis às condutas de vandalismo e outras espécies de criminalidade, principalmente quanto à precariedade da falta de infraestrutura e ocupação desordenada que posteriormente venham a criar zonas de risco social. Tudo isso gera uma desigualdade na distribuição de recursos nas cidades. Os jovens são bastante sensíveis aos riscos criados pela segregação

espacial que são decorrentes da má distribuição dos recursos de serviços, como hospitais, creches, praças, delegacias, clubes, etc. Por fim toda essa problemática e desigualdade cria uma revolta contra uma inexistência instrumental estatal que não é oferecida aos jovens os levam a um cotidiano sem opções de diversão e equipamentos socioculturais propiciando a intolerância e o julgamento desses jovens, que são associados à ideia de violência e delinquência. (CASSAB, apud, SHECAIRA, 2008. p. 131-132).

Todos esses fatores explicitados não trazem uma absoluta certeza dos motivos que levam os jovens ao cometimento de delitos, se é deste ou daquele fator, mas servem de guia que possa apontar fatores que venham a tentar prevenir a criminalidade. O principal objetivo foi expor algumas situações que pudessem contribuir para a prática de atos infracionais e a partir disso buscar uma direção de estudo e planejamento para melhor aplicar uma medida que sirva de prevenção, com maior eficácia em relação a uma possível incidência ou reincidência, conforme o caso, ao menor infrator.

A ocupação do adolescente com atividades produtivas é um ótimo instrumento de ocupação que visa impedir ou reduzir os riscos do jovem se aventurar na criminalidade, principalmente quando o mesmo tem planos para o futuro, dedicando seu tempo e energia para alcançar seus sonhos.

A valorização das leis é outro ponto importante, uma vez que sua consciência de respeito às leis reduz a probabilidade do menor vir a praticar um ato delituoso. O vínculo que se tem na fase de desenvolvimento com amigos, escolas, professores, bem como outras instituições formadoras de personalidade, ajudam a reproduzir a ordem instituída. Pois assim se resume a ideia:

Não importa a classe social do adolescente, mas sim o vínculo social determinado pelo envolvimento e empenho que ele tem com as diferentes instituições sociais. Quanto mais débil for a ligação com genitores, escola, amigos, vizinhos, menos o sujeito acreditará no valor convencional da lei e maior será a possibilidade de vir a delinquir.⁹³

Exemplo disso é visto rotineiramente nas ações empreendidas pela polícia, mostrada na mídia escrita, falada e televisada quando os menores apreendidos

⁹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008. p. 125.

dizem que “não tem nada a perder e que sabem que serão soltos”, transformando o ato de delinquir em algo banal, como é para eles, a própria vida.

3 DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

O ECA prevê diversas medidas socioeducativas a serem aplicadas para a responsabilização do infrator, onde tais medidas visam dar ao jovem um meio de recuperação diante de sua condição e necessidade, aplicadas aos adolescentes autores de ato infracional, apurada sua responsabilidade após o devido processo legal, cujo objetivo não é a punição, mas a efetivação de meios para reeducá-los. Neste caso dar-se-á, enfoque às medidas socioeducativas como proposta do presente trabalho.

Essas medidas possuem natureza impositiva, porque aplicada independente da vontade do menor; sancionatória, porém executada com meio pedagógico; e retributiva, aplicadas pelo Estado em resposta ao ato infringente cometido por menor de 18 anos, visando inibir a reincidência utilizando meios educativos, sociais, psicológicos e psiquiátricos.

Segundo o próprio ECA, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Com o advento desse estatuto, os adolescentes infratores passaram a configurar como sujeitos passivos da ação socioeducativa proposta exclusivamente pelo Ministério Público, quando da prática de atos infracionais.

Esta ação assegura ao adolescente infrator diversas garantias advindas dos princípios do contraditório e da imparcialidade do Juiz. Entre elas, o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; igualdade na relação processual; defesa técnica por advogado; assistência judiciária gratuita aos necessitados; direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (art.100 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente).

São medidas socioeducativas previstas no ECA (art. 112):

- I- advertência;
- II- obrigação de reparar o dano;
- III- prestação de serviços à comunidade;
- IV- liberdade assistida;
- V- inserção em regime de semi-liberdade;
- VI- internação em estabelecimento educacional (BRASIL, 1990).

Consideramos importante comentar cada uma dessas medidas em razão das peculiaridades que lhes são inerentes, salientando que essa abordagem não tem a pretensão de esgotar a argumentação em torno do assunto em tela.

3.1 ADVERTÊNCIA

A advertência encontra-se disciplinada no art. 115 do ECA, sendo a primeira medida aplicável ao menor infrator que pratica infrações de pequena gravidade como pequenos furtos, vadiagem, agressões leves. (Art.115. A Advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada).⁹⁴ Sendo que para a sua aplicação basta a prova de materialidade e indícios de autoria, acompanhando a regra do art. 114, parágrafo único do ECA.

Porém nem sempre a advertência é a medida mais adequada, de sorte que o juiz deve examinar cautelosamente os fatos no sentido de apurar a sua gravidade. Por isso que a redução a termo da advertência se faz necessária, para que se dê credibilidade à medida, ou seja, para demonstrar ao infrator o seu caráter de reprimenda, a fim de se obter o objetivo final, qual seja a reeducação.

Trata-se, pois, de uma medida singela, que busca principalmente repreender àqueles que, pelos impulsos próprios da juventude, cometem algum ato infracional.

3.2 OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO

A obrigação de reparar dano com reflexos patrimoniais está disposta no art. 116 do Estatuto, determinando que o adolescente restitua a coisa, promova o

⁹⁴ Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

ressarcimento do dano, ou por outra forma compense o prejuízo da vítima. E em havendo, contudo, manifesta impossibilidade, a medida pode ser substituída por outra adequada. Assim, a obrigação de reparar o dano imposta ao infrator não tem somente o escopo literal da medida, mas visa inserir no menor as consequências do ato ilícito que praticou, atendendo mais uma vez a finalidade da medida, qual seja, a sua ressocialização.

Porém vale aqui ressaltar o ponto a que diz respeito à pessoa que irá suportar a responsabilidade pela reparação do dano causado pela prática de ato infracional, pois, consoante o art. 928 do Código Civil, o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. No art. 5º do Código Civil, está definido que a menoridade cessa aos 18 anos completos. Acima de 16 anos e abaixo de 18 anos, o adolescente será solidário com os pais ou responsável quanto às obrigações dos atos ilícitos por ele praticados. Isso conclui-se da interpretação do art. 932, I do Código Civil vigente:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

.....

Evidencia-se, portanto, que quando um adolescente com menos de 16 anos for considerado culpado e obrigado a reparar o dano causado, em virtude de sentença definitiva, a responsabilidade dessa compensação caberá, exclusivamente aos pais ou responsável, a não ser que o adolescente tenha patrimônio que possa suportar essa responsabilidade.

3.3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

O art. 117 do ECA trata da prestação de serviço á comunidade. *In verbis*:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros

estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho (BRASIL, 1990).

Pelo seu caráter dúbio, ou seja, ao mesmo tempo em que contribui com assistência a instituições de serviços comunitários e de interesse geral, e, por despertar nos menores infratores o prazer da ajuda humanitária, é a prestação de serviços à comunidade uma das medidas mais aplicadas aos adolescentes que infringem a lei, tendo por finalidade primária a ressocialização além de proporcionar ao jovem a consequência do trabalho realizado, sendo este salutar tanto para os adolescentes como para a sociedade, instituindo naqueles o instinto da responsabilidade e o estimulando a interessar-se pelo trabalho, além do impulso extra imposto pela autoridade judiciária no sentido da retomada aos estudos por aqueles que o abandonaram.

A grande importância dessa medida reside no fato de constituir-se uma alternativa à internação, que só deve ser aplicada em caráter excepcional.

3.4 LIBERDADE ASSISTIDA

Conforme unanimemente apontado pelos especialistas na matéria, a liberdade assistida entre as diversas fórmulas e soluções apresentadas pelo ECA, para o enfrentamento da criminalidade infanto-juvenil, se apresenta como a mais gratificante e importante de todas, isto porque possibilita ao adolescente o seu cumprimento em liberdade junto à família, porém sob o controle sistemático do Juizado e da comunidade.

Ao fixar essa medida, o juiz também determinará o cumprimento de algumas regras compatíveis com o bom andamento social do jovem, tais como: não se envolver em novos atos infracionais, não andar armado, não andar em más companhias, não frequentar certos locais, obedecer aos pais, recolher-se cedo à habitação, retornar aos estudos, assumir ocupação lícita, entre outros.

A cada 03 (três) meses é feito um relatório comportamental do infrator, remetendo-se ainda ao seu relacionamento familiar e social. Nota-se, pois, que a

finalidade precípua da mediada é a de vigiar, orientar e tratar o mesmo, de forma a coibir a sua reincidência e obter a certeza da recuperação.

3.5 INSERÇÃO EM REGIME DE SEMILIBERDADE

Através dessa medida, que guarda correlação com a internação, pelo fato dar a possibilidade ao adolescente se inserir em liberdade que será vigiada pela autoridade. Esta medida é, no mais das vezes, um meio através do qual se investiga a capacidade de ressocialização do adolescente e de sua reinserção gradativa ao seio familiar e social. Esta medida se iguala ao regime de semiaberto aplicado aos infratores maiores de dezoito anos.

Ainda, pode-se aditar que a semiliberdade pode ser aplicada àqueles atos infracionais que não causem verdadeira ojeriza social, como os latrocínios, homicídios qualificados, sequestro seguido de morte. Parece-nos que a introdução no regime ora estudado deve ser em relação aos atos infracionais de menor lesividade. Como exemplo, tem-se a aplicação torrente da semiliberdade nos atos infracionais que envolvem o comércio de drogas.

Ademais, tal medida tem fim terapêutico, torna-se obrigatória a escolarização e profissionalização do menor, com intuito de se evitar a ociosidade dentro dos estabelecimentos que os comportam. A legislação do menor assevera que esta medida não comporta prazo determinado, sendo aplicada subsidiariamente, as disposições relativas à internação – art.120, § 2º do ECA.

3.6 DA INTERNAÇÃO

Por fim, a internação, medida socioeducativa que mais priva o adolescente de sua liberdade e, por esse motivo, deve guardar no âmbito de sua aplicação, a observação da brevidade e da excepcionalidade da medida, pois o que se visa na efetivação de tal medida é a reinserção do adolescente. O não quisto é a privação de liberdade apenas por se acreditar que com a privação desta, o adolescente vai refletir o que fez, refletindo o egoísmo social que quer antes a condenação e a privação de liberdade, ao invés de ver o adolescente educado e reintegrado. A aplicação da medida tem como maior observação, o interesse do menor, nunca

prevalecendo a querência de que a realização da justiça e a condenação do adolescente é a medida mais acertada. Concordamos que não.

Adite-se que, como a semiliberdade, tal medida não comporta prazo determinado e pela própria excepcionalidade, deve ser reavaliada a cada seis meses, com o fito de se investigar as condições psicossociais do infrator e averiguar a eficácia da medida, como reza o art. 121, § 2º, ECA e que, por este próprio artigo figura um prazo máximo de internação, qual seja, três anos, sendo a liberação compulsória aos vinte e um anos de idade.

A internação justifica-se na medida em que o ato infracional é cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, ou quando reitera em infrações graves como furto, por exemplo, ou por descumprir reiteradamente as medidas anteriormente impostas. Diga-se que o fim terapêutico impõe ao Estado, a observação da separação dos adolescentes, por critérios de idade, sexo, tipo físico, gravidade da infração.

Atualmente o que se vê em internatos reservados a adolescentes infratores é, no mais das vezes, não condiz com o propósito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os adolescentes são postos em um ambiente que muito mais se parece com um presídio e que deveria ser dessemelhante a cadeia e, mais parecido com um ambiente caseiro.

4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

O devido processo legal é uma das principais implicações quando tratamos do processo como instrumento utilizado pelo Estado-Juiz para o exercício da jurisdição. Destarte, o Estado ao mesmo tempo em que assume a tarefa de dizer o direito e dirimir o conflito, tem em contrapartida, que efetivar garantia de um processo que se dê oportunidades de defesa pessoal e técnica, de ciência dos atos que são praticados e de oportunidade de se manifestar dentro do processo.

Segundo o ensinamento lúcido do professor Jaime (2009, p. 23), o devido processo legal consiste e representa:

Expressão maior das garantias processuais fundamentais do cidadão está claro e explícito na Constituição. É *conditio sine qua non* exercício da jurisdição e, por conseguinte, da formação da coisa julgada. As garantias constitucionais do processo ou os denominados princípios processuais são, em verdade, o desenvolvimento analítico do devido processo penal.

Desta forma, têm-se as seguintes garantias do processo: na prática de ato infracional, o adolescente tem a garantia prevista na Carta Constitucional e no próprio Estatuto do Menor, que aduz em seu art. 110: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”. Logo, para imposição de qualquer medida prevista no art.112 desta legislação, faz-se mister a existência de um processo judicial que apure a existência da prática do ato infracional e dos indícios suficientes para se admitir uma representação contra o adolescente.

Tem o adolescente, o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente. Essa garantia reflete no âmbito da aplicação da medida socioeducativa, uma vez que este tem, por seu depoimento, o poder de persuasão e convencimento do juiz, podendo, através de sua fala, rebater argumentos. Pode, também, solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento, tendo a presença paterna e materna como forma de tranquilizá-lo e manter contato com esta figura que lhe dá segurança. Bem como, se inclui dentro das garantias das no art.111, II. O direito de confortar-se com as testemunhas, favorecendo, assim o conjunto probatório de provas em seu benefício. Tal prerrogativa é dada pela existência da defesa pessoal garantida no âmbito do processo civil e, também aplicado no processo que investiga a existência de ato infracional.

Avista-se que o devido processo legal aplicado ao menor é derivado do mesmo princípio que norteiam o processo civil e, em especial, o processo penal. A garantia do “*due process of Law*” é dada a toda e qualquer pessoa. A implicação de que o adolescente deve merecer tratamento especial pela sua situação de desenvolvimento, traz para o estudo do princípio ora em foco, prerrogativas dadas pela legislação menorista – algumas já previstas na própria Lei de Ritos ou legislações esparsas – devendo ser observadas, sob pena de desobediência a tal princípio.

É que dada a condição especial pela qual passa o menor, qual seja a sua situação de desenvolvimento físico, psicológico e social, a própria legislação protetiva do menor, cuidou em se amoldar a sua condição de hiposuficiente,

adotando além das garantias processuais que se dá a toda e indivíduo, garantias que melhor se coadunam com a realidade do menor. Por isso é que se fala em devido processo legal do menor.

5 A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS E SUA PROBLEMÁTICA

A delinquência juvenil é um tema que sugere bastante sensibilidade, já que envolve crianças e adolescentes na iniciação da atividade delituosa, tão combatida, mas que atualmente só engrandece as tristes estatísticas do crime. A doutrina e a jurisprudência em torno da prática infracional por menores são divergentes. Alguns buscam nivelar cada vez mais o adolescente ao indivíduo maior de 18 anos, ou seja, imputável, argumentando que a complacência sugerida pela legislação só concorre para o aumento do desvirtuamento social dos menores.

Em outras palavras, acreditam que não há menor infrator vítima da pobreza, do abandono ou da falta de oportunidade de estudo ou trabalho, mas produtos de exposições continuadas a situações de carência moral e que se entregam ao crime por vontade própria, mesmo porque, a consciência dos jovens da atualidade, acerca do que é ou não salutar para o seu desenvolvimento em sociedade, está aguçada desde o fim da segunda infância.

Assim, o adolescente já é plenamente capaz de saber o que é lícito. Lado outro, alguns doutrinadores pregam ser o adolescente marginalizado, vítima de disfunções sociais, que não dispõem de renda suficiente para usufruírem de bens e serviços básicos como saúde, educação, habitação, lazer, etc., e que revoltados ou ansiosos por experimentarem o que da vida lhes é suprido, enveredam pela criminalidade. Para esses, a melhor solução é o processo de ressocialização, não com vistas à punição, mas a reinserção desse indivíduo, na sociedade que ele mesmo repudiou.

É de se ressaltar que a violência entre os adolescentes tem crescido vertiginosamente, de modo que estes estão assemelhados aos adultos em suas atividades delitivas, conscientes, pois, do que querem fazer, e não subprodutos indefesos de uma situação social que os pretere. Não é mais uma questão de cunho exclusivamente político-social, mas jurídico, notadamente no que tange à punição dos infratores.

A verdade é que as grandes majorias das legislações do século recém findo utilizam o critério cronológico para responsabilizar penalmente os indivíduos. Ora, é sabido que o mundo evoluiu e que as crianças e jovens, cada vez mais precoces, bem como, tendo acesso a muitas informações e experiências que antes eram restritas aos adultos, evoluíram também e atingem um grau de desenvolvimento mental muito antes do que pregam os arcaicos comandos legais. Assim, gozam de uma situação relativamente privilegiada quando praticam um ato criminoso, visto que o legislador o vê como vítima e não como o agressor.

O sistema socioeducativo, nesse sentido, vem também evidenciar os direitos estabelecidos pelo novo paradigma, possibilitando a realização de medidas que propiciem a ressocialização do adolescente infrator, por meio de ações pedagógicas, de cunho também punitivo, em conjunto com ações beneficiárias.

O que podemos perceber, é que a atual legislação não vem cumprindo seu papel originário, que seria a ressocialização do adolescente infrator. O que temos é um sistema falido, ineficaz, não conseguindo resgatar o adolescente da criminalidade, pois, via de regra, voltam a praticar os mesmos atos infracionais que praticavam anteriormente, deixando claro a ineficácia das medidas e urgente necessidade de mudança na atual conjuntura legislativa que regulamenta as ilegalidades praticadas pelos adolescentes.

É por esse motivo, essa grande insatisfação social, no que tange a inimputabilidade do adolescente que muito se comentam numa inadiável necessidade de mudanças. Uns falam em redução da maioridade penal, outros em persistir na atual conjuntura, e outros em se criar uma lei intermediária, que não equipare o adolescente infrator a criminoso adulto, mas que também não o deixe numa total impunidade, se falando numa medida intermediária.

Não podemos negar que as atuais medidas socioeducativas, são extremamente ineficazes, em nada conseguindo seu objetivo, que seria a reinserção do adolescente infrator ao seio da sociedade. O que podemos perceber é que a grande maioria dos que passam nos Centros Educacionais dos Adolescentes, quando retornam a sociedade, passam a praticar os mesmos atos infracionais que cometiam anteriormente, muitas das vezes, impulsionados por um sentimento de impunidade, pois sabem que podem praticar o que quiserem que nada de grave lhes acontecerá. Sabem, que se cometerem as mais absurdas atrocidades, tais como roubo, latrocínio, homicídio, estupro, o pior que lhes pode acontecer é passar

apenas três anos de internação, e que logo em seguida será posto em liberdade para continuar a cometer os mesmos atos.

É fundamentado nesse pensamento, de que a sensação de impunidade contribui para o aumento da delinquência juvenil, que desde o ano de 1997, se fala numa proposta de lei de Diretrizes Socioeducativa, que prevê um sistema de Responsabilidade Penal Juvenil, mostrando que não devemos confundir imputabilidade e responsabilidade penal juvenil, ou seja, os adolescentes são (ECA art. 104) penalmente inimputáveis frente à legislação penal comum, mas respondem penalmente, sendo imputáveis, frente à legislação especial (Constituição Federal art. 228 e ECA art. 103).

O que demonstra que os adolescentes infratores, deveriam ser submetidos a medidas socioeducativas mais eficazes, mais duras, para retirar destes e da sociedade esse sentimento de impunidade que ora vigora no nosso sistema legislativo. Isso não quer dizer que deveríamos inserir o adolescente no já falido sistema penitenciário adulto, mas sim, aplicar o que é a previsão de nossa Carta Magna, que em seu art. 5º inciso XLVIII diz: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.” Sendo da mesma forma, assim também, disciplinado no ECA em seu art. 123 rezando que “a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração”.

Ou seja, deveriam existir medidas socioeducativas mais duras, conforme requeira o caso. Com isso, não se tem a intenção de mudar, ou retirar a essência pedagógica das medidas, e sim, torná-las mais eficazes, seguindo o adágio de que “quanto mais amargo o remédio, maior o poder de cura”. Possuindo como proposta, entre outras, o aumento do prazo de internação no caso de crimes mais graves.

A responsabilidade penal pretendida para os adolescentes é um componente central de seu direito a uma plena cidadania. Em suma, como já dito anteriormente, embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os adolescentes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Como denomina o art. 27 do Código Penal: “Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” O mesmo também é compreendido através do que atesta o art. 104, *caput*, do ECA.

Assim, respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, respostas justas e adequadas são de boa política criminal, exurgindo como elementos indispensáveis à prevenção da delinquência e à repressão da delinquência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas socioeducativas e a análise da ineficácia destas é tema que pode extrair um corpo de considerações importante, para a compreensão do adolescente, enquanto sujeito que comete atos infracionais.

Obviamente que com este artigo se pretende esgotar o tema, mas pelo contrário, abrir vista a uma realidade em que se figura a situação precária dos órgãos públicos que impossibilitam reeducar o menor infrator e perceber que a legislação não vem cumprindo com o seu papel de prevenir condutas infracionais na tarefa de inquirir e analisar os fatores e motivos que levam os jovens ao cometimento de delitos.

Além disso, busca o presente estudo averiguar a inexistência de aparelho administrativo que efetivamente reinsira o menor e que, dentro do tempo em que se aplique a medida prevista na legislação menorista, faça uma reeducação devendo existir medidas socioeducativas mais consoantes com a realidade da delinquência juvenil, conforme requeira o caso.

Com isso, não se tem a intenção de extirpar, ou retirar a essência pedagógica das medidas, e sim, criar um conjunto administrativo e judicial que tenha possibilidade de condicionar um bom tratamento psicossocial, permanecendo este mesmo conjunto durante toda a aplicação da medida socioeducativa, uma vez que sendo efetivada amiúde, o seu fim restará fracassado.

Assim, avista-se como um dos possíveis resultados da nossa pesquisa, considerar o fato de que a ineficácia das medidas objeto de nosso estudo restam improdutivas em razão da falta de fiscalização adequada, além da pouca estrutura dos ambientes em que os menores são internados e da insuficiência de políticas de caráter pedagógico, no período da referida aplicação, o que nos leva a concluir pela

necessidade da reformulação das políticas de reeducação dos menores infratores, onde se releve o interesse do menor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://.legislacao.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2010.

_____. *Estatuto da criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://.legislacao.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2010.

COSTA, Tarcísio José Martins da. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JAYME, Fernando G. *O devido Processo Legal*. [on line]. Disponível em: <www.ufmg.br/pfufmg/index>. Acesso em 12 mar. 2010.

LEAL, César Barros. *A delinquência juvenil seus fatores exógenos e prevenção*. Universidade Federal do Ceará. Monografia. Rio de Janeiro: AIDE, 1983.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008. p. 128-129).

QUEIROGA, Raimundo Luiz. *O menor infrator e a eficácia das medidas sócio-educativas*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4584>> Acesso em 08 maio 2010.

A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DOS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT THROUGH ADMINISTRATIVE TOOLS FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION

JOELMA VELOSO PENAFORTE*
MARIA DO SOCORRO DA S. MENEZES**

RESUMO

Com a evolução da sociedade, o homem foi rapidamente degradando o meio ambiente, acarretando, conseqüentemente, aquilo que se costuma chamar de crise ambiental, que constitui uma séria ameaça aos sistemas ecológicos, como também, às condições sociais de existência no planeta. Diante do agravamento dos problemas climáticos ocasionados pelas ações humanas – também denominadas ações antrópicas – que ameaçam a qualidade de vida no planeta, tornou-se imprescindível a criação de normas de proteção do meio ambiente, destinadas a moderar, racionalizar, enfim a buscar uma justa medida, um equilíbrio, na relação do homem com a natureza. Ao qualificar o meio ambiente como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, o *caput* do art. 225 da Constituição Federal, à revelia do novo Código Civil e da legislação ordinária, criou um tipo de bem que nem pode ser classificado como bem público, nem como bem privado, já que situado em uma faixa intermediária denominada como difusa. A Lei n.º 6.938/81, regulamentada pelo Decreto 99.274/90, é o primeiro grande marco em termos de norma de proteção ambiental no Brasil. Com sua edição, o país passou a ter formalmente uma política voltada para o meio ambiente a ser desenvolvida por todos os entes federativos, com foco no desenvolvimento econômico em bases sustentáveis. A Política Nacional do Meio Ambiente definiu de forma avançada e inovadora os conceitos, princípios, objetivos e instrumentos para a defesa do meio ambiente, reconhecendo a importância destes para a vida e, sobretudo, para a qualidade de vida.

Palavras-chave: Direito. Meio Ambiente. Proteção. Desenvolvimento. Sustentabilidade.

ABSTRACT

With the evolution of society, the man was quickly degrading the environment, leading consequently what is usually called environmental crisis, which poses a serious threat to ecological systems, but also to the social conditions of existence on the planet. In the face of worsening climate problems caused by human actions - also

*Concluinte do Curso de Direito da Fesp Faculdades. E-mail: Joelma_veloso@hotmail.com

**Mestre em economia, Especialista em Direito Ambiental, Ex-Chefe da Divisão de Fiscalização da SEMAM/PMJP, Fiscal Ambiental da SEMAM/PMJP, Professora do Curso de Direito da Fesp Faculdades. Coautora do Livro Sinopse de Direito Ambiental, publicado pela EDIJUR em 2012. Atuou como orientadora desse estudo.

called anthropogenic - that threaten the quality of life on the planet, it became essential to create standards of environmental protection, aiming at moderating, streamline, and finally to seek a just measure, a balance in the relationship of man with nature. By describing the environment as an asset of common use and essential to a healthy quality of life, the chapeau of Art. 225 of the Federal Constitution, in default of the new Civil Code and the common law, created a kind of good that can not be classified as a public good, not private as well, as situated in an intermediate range known as diffuse. The Law n. 6.938/81, regulated by Decree 99.274/90, is the first major milestone in terms of standard of environmental protection in Brazil. With its publication, the country now has a formal policy for the environment to be developed by all federal entities, with a focus on economic development on a sustainable basis. The National Environmental Policy set so advanced and innovative concepts, principles, objectives and instruments for the protection of the environment, recognizing their importance for life and especially for the quality of life.

Keywords: Right. Environment. Protection. Development. Sustainability.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a preservação do meio ambiente é algo recente na história da humanidade. Com a evolução da sociedade, o homem foi rapidamente degradando o meio ambiente, acarretando, conseqüentemente, aquilo que se costuma chamar de “crise ambiental”, não reduzida esta pura e simplesmente a ameaças aos sistemas ecológicos como água, ar, florestas, mas, sobretudo, às condições sociais de existência no planeta.

Diante do agravamento dos problemas climáticos ocasionados pelas ações humanas – também denominadas ações antrópicas – que ameaçam a qualidade de vida no planeta, os organismos internacionais passaram a exigir uma nova postura, sendo marcante a atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) que em 1972 organizou a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano. A partir dessa Conferência, com a elaboração da declaração de princípios (Declaração de Estocolmo), os problemas ambientais receberam tratamentos diferentes, tendo relevante repercussão no Brasil.

Neste cenário, tornou-se imprescindível a criação de normas de proteção do meio ambiente. Normas estas que são, evidentemente, sociais, humanas. Destinadas a moderar, racionalizar, enfim a buscar uma “justa medida”, um equilíbrio, na relação do homem com a natureza.

Portanto, no momento em que os debates sobre políticas ambientais estão na pauta das grandes reuniões internacionais, tendo em vista as consequências globais dos desastres ecológicos, o presente estudo tem por objetivo discutir a questão ambiental, no aspecto concernente aos instrumentos administrativos nacionais de prevenção ambiental, e introduzir nesta seara a questão da sustentabilidade, apresentando os aludidos instrumentos sob um aspecto que contribua de modo satisfatório para com a preservação ambiental.

2 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DOS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

2.1 CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO AMBIENTAL

Como bem ensina Farias (2009), para situar um ramo do direito dentro da hierarquia normativa, necessário se faz localizá-lo dentro da Constituição Federal, que é a fonte onde todas as normas do ordenamento jurídico encontram a sua fundamentação. Sendo o direito ambiental um ramo novo da ciência jurídica, é preciso contextualizá-lo em face do ordenamento jurídico constitucional.

A Constituição de 1988 foi o primeiro diploma legal a abordar deliberadamente a temática ambiental, em termos amplos e modernos, inserindo em seu texto normativo inúmeras referências ao meio ambiente e dedicando no Título VIII - da “Ordem Social” - um capítulo específico sobre o tema. Portanto, assiste razão Silva (2010, p. 46) quando afirma que “[...] pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista.”

Direito do ambiente, direito do meio ambiente ou, ainda, direito ecológico - em que pese às discrepâncias doutrinárias acerca da nomenclatura, direito ambiental, consoante doutrina majoritária, é a expressão mais adequada e largamente utilizada para designar o conjunto de normas jurídicas cuja finalidade precípua é proteger o meio ambiente.

A doutrina pátria traz inúmeros conceitos de direito ambiental, Antunes (2011, p. 11-12), por exemplo, preleciona que:

[...] o Direito Ambiental pode ser definido como um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda. Ele se desdobra em três vertentes fundamentais, que são constituídas pelo direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o Direito Ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais que um ramo autônomo do Direito, o DA é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O DA tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que devem ser compreendidas harmonicamente.

Por seu turno, a esse respeito, Machado (2009, p. 54), aduz que:

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de preservação e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

Outrossim, conforme explanam Figueiredo Filho e Menezes (2012, p. 45), “o direito ambiental tem por escopo a tutela do meio ambiente, sendo indutor de um novo paradigma de relação entre o homem e o meio ambiente visando desenvolver atividades em bases sustentáveis, tendo como foco a preservação do bem jurídico vida [...]”. Busca minimizar os riscos ambientais sob uma base de atuação preventiva, reparadora e punitiva, segundo princípios previamente estabelecidos.

As definições supramencionadas, a despeito de suas particularidades, deixam entrever os aspectos fundamentais de qualquer conceito de direito ambiental, quais sejam, o fato de ser um encadeamento de normas (regras e princípios) orientadas finalisticamente para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado em prejuízo, via de regra, do exercício pleno do direito de propriedade e exploração dos recursos naturais por quaisquer pessoas físicas ou jurídicas.

Ao qualificar o meio ambiente como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, o caput do art. 225 da Constituição Federal, à revelia do novo Código Civil e da legislação ordinária, criou um tipo de bem que nem pode ser classificado como bem público, nem como bem privado, já que situado em

uma faixa intermediária denominada como difusa. Nesse diapasão, Fiorillo (2009, p. 108) esclarece que o titular do bem público é o Estado, que deve geri-lo em nome e em benefício da coletividade, ao passo que o titular do bem ambiental é o próprio povo que exerce essa titularidade de forma direta e não por meio do Estado.

Visto que não cuida apenas da proteção do meio ambiente natural, mas de um todo (elementos abióticos - físicos e químicos - e bióticos - flora e fauna) que se integra numa relação de interdependência em prol de uma melhor qualidade de vida, criou-se a figura do macrobem ambiental, elevando sua tutela ao nível constitucional e transformando em um direito humano fundamental o direito a um meio ambiente equilibrado e sadio para as presentes e futuras gerações.

Deste modo, considerando as diversas referências que a Constituição Federal faz ao meio ambiente, o direito ambiental é classificado, pela Carta Magna, ao mesmo tempo, como de natureza difusa, de natureza econômica, e de natureza humana fundamental (FARIAS, 2009).

No cenário jurídico brasileiro, o direito ambiental surge no como uma disciplina relativamente nova, pois que até 1981, as questões ambientais eram tratadas como se fossem um apêndice do direito administrativo ou penal, que sancionavam o mau uso dos elementos naturais ou a utilização de forma prejudicial a terceiros. O marco dessa alteração doutrinária se dá com o advento da Lei 6.938/81, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), a qual elevou o ramo direito ambiental à categoria de ciência jurídica autônoma e independente.

2.2 MEIO AMBIENTE E ORDEM ECONÔMICA

Com o advento da Revolução Industrial e o capitalismo em franca expansão em todo o mundo, o ambiente natural foi sendo modificado pelo homem para atender as necessidades da sociedade capitalista moderna, dando início a um acelerado processo de degradação ambiental.

No Brasil, pode-se afirmar que a degradação ambiental teve início logo após o descobrimento, com o ciclo do pau-brasil, cuja espécie sofreu uma extração totalmente predatória. O desenvolvimento brasileiro, como regra, sempre se fez com pouco respeito ao ambiente, calcado na exploração intensiva de produtos primários

com vistas ao mercado externo. Só a partir da Constituição Federal de 1988 o meio ambiente passou a ser tido como um bem tutelado juridicamente.

Com efeito, a matéria é tratada em diversos títulos e capítulos da Constituição. O Título VIII (Da Ordem Social), em seu Capítulo VI, art. 225, caput, diz 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”.

A proteção do meio ambiente é, também, na atual Carta da República do Brasil, um dos princípios basilares da ordem econômica constitucional, encontrando respaldo previsão no artigo 170, inciso VI. A inclusão do respeito ao meio ambiente como um dos princípios da atividade econômica e financeira é medida de enorme importância, pois o nível mais elevado de nosso ordenamento jurídico está assentado que a licitude constitucional de qualquer atividade fundada na livre-iniciativa está, necessariamente, vinculada à observância do respeito ao meio ambiente, ou, em outras palavras, à observância das normas de proteção ambiental vigentes. Entende-se, assim, que ao apresentar em seu bojo um modelo econômico de bem-estar, é fundamental um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para Antunes (2011), o direito ambiental preocupa-se basicamente em organizar a forma pela qual a sociedade se utiliza dos recursos ambientais, estabelecendo métodos, critérios, proibições e permissões, definindo o que pode e o que não pode ser apropriado economicamente (ambientalmente). E, vai além, estabelecendo como a apropriação econômica (ambiental) pode ser feita.

2.3 POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Ao colocar a questão ambiental e de desenvolvimento de uma forma bastante abrangente, a Constituição Federal foi rica em disposições, normas e princípios voltados à da dignidade da pessoa humana, qualidade de vida, bem-estar social, acesso ao trabalho, política do meio ambiente, política de desenvolvimento, política agrária, política tributária entre outros. Tais disposições são prescrições constitucionais que dependem da efetivação por meio de políticas públicas.

Entende-se por políticas públicas “o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição” (CRISTÓVAM, 2005).

Políticas, no estado de direito democrático, tendem a expressar a forma desejada pela sociedade em solucionar os problemas que surgem. Nestas condições, pode-se dizer que toda política parte de um movimento da sociedade em torno de um problema ou conflito (FLORIANO, 2007).

A Lei n.º 6.938, de 31.08.1981, regulamentada pelo Decreto 99.274, de 06.06.1990, é o primeiro grande marco em termos de norma de proteção ambiental no Brasil, ou seja, com a sua edição, o país passou a ter formalmente uma política voltada para o meio ambiente a ser desenvolvida por todos os entes federativos.

A Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) definiu de forma avançada e inovadora os conceitos, princípios, objetivos e instrumentos para a defesa do meio ambiente, reconhecendo a importância destes para a vida e, sobretudo, para a qualidade de vida. Seu objetivo é o estabelecimento de padrões que tornem possível o desenvolvimento sustentável, através de mecanismos e instrumentos capazes de conferir ao meio ambiente uma maior proteção.

O tema “desenvolvimento sustentável” consubstancia-se como um princípio que encontra no ordenamento jurídico brasileiro respaldo que não só justifica como impõe a sua aplicação prática. A Constituição brasileira, em seu art. 225, recepcionando a Lei citada, atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Ressalte-se a ampliação que o conceito de desenvolvimento sustentável traz ao campo de atuação do direito, este que, regula e reflete os anseios sociais numa dada realidade, passar a agir não mais na relação direta de tempo e espaço, mas estendida às futuras gerações.

A PNMA confere mais eficácia ao art. 225 da Constituição Federal e contribui para assegurar a materialização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fornecendo, por intermédio de seus objetivos, princípios e mecanismos de aplicação, a estrutura lógica para a concretização das disposições relativas à competência comum ou administrativa, delineada no art. 23, VI e VII, da CF/1988. E,

para garantir a efetividade desse direito, tornou-se necessário que sua defesa e preservação sejam de responsabilidade, quanto à implementação, do Poder Público.

Ainda, por meio da edição da Lei 6.938/81, foi criado o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), que tem por objetivo o estabelecimento de padrões que possibilitem o desenvolvimento sustentável, utilizando-se de mecanismos e instrumentos que possam atribuir maior proteção ao meio ambiente, conforme está previsto na Carta Magna e nas normas infraconstitucionais nas diversas esferas da federação.

O SISNAMA é constituído por todos os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como pelas Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, sob a direção superior do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Estes órgãos estão elencados na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 6º e incisos.

2.3.1 Princípios e Objetivos

As diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) são elaboradas através de normas e planos destinados a orientar os entes públicos da federação, em concordância com os princípios elencados no art. 2º da Lei 6.938/81 que dispõe:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

- I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
- II – racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
- III – planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
- IV – proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
- V – controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
- VI – incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso nacional e a proteção dos recursos ambientais;
- VII – acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
- VIII - recuperação de áreas degradadas;
- IX – proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente (BRASIL, 1981).

Ressalte-se que os princípios da PNMA não coincidem exatamente com os princípios do direito ambiental, não obstante guardarem coerência entre si e compartilharem o mesmo propósito. A esse respeito, Farias (2009, p. 100) explica que “na verdade, a aplicabilidade dos princípios de direito ambiental é muito mais ampla do que a dos princípios da política nacional do meio ambiente, posto que estes são uma decorrência daqueles.”. Aduz, ainda, que a redação das maiorias dos incisos do artigo em comento sugere um elenco de ações que melhor condizem com a característica de meta do que de princípios propriamente ditos.

Quanto aos objetivos, a PNMA tem por objetivo geral regulamentar as várias atividades que envolvam o meio ambiente, para que haja preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, com vistas a assegurar no território nacional condições ao desenvolvimento social e econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, conforme prescreve o caput do artigo 2º e em consonância com o disposto no artigo 225, § 1º, I e II, da Constituição Federal.

Já para ampliar as regulações e a harmonização do alcance do objetivo geral da PNMA, o artigo 4º da Lei n.º 6.938/81 apresenta os objetivos específicos dessa política, quais sejam:

Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

- I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;
- II - à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
- III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;
- IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;
- V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;
- VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;
- VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (BRASIL, 1981).

Assim, consoante Farias (2009), tanto o objetivo geral, como os objetivos específicos, levam-nos à concepção de que a Política Nacional do Meio Ambiente, ao tentar harmonizar a defesa do meio ambiente com o desenvolvimento econômico e com a justiça social, tem como primeira finalidade maior a promoção do desenvolvimento sustentável e como última finalidade maior a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.4 INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Preliminarmente, convém mencionar que, seguindo entendimento exposto por Figueiredo Filho e Menezes (2012), a efetividade da administração pública sobre o meio ambiente não decorre de discricionariedade administrativa, pelo contrário, trata-se de ato administrativo vinculado, uma vez que os instrumentos administrativos estão previamente estabelecidos em lei ou nas resoluções deliberativas federais ou estaduais dos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), e, por conseguinte, permitem exigir dos usuários dos recursos do meio ambiente seu cumprimento e respeito.

Os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente são ferramentas da política ambiental brasileira que visam conter as atividades econômicas que ameaçam determinado sistema ambiental, a partir de medidas preventivas e coibitivas, traduzindo-se em normas de comando e controle, visando à regulamentação das atividades de potencial impacto ambiental. Traduzem-se em restrições de atividades, controle do uso de recursos naturais e especificação de tecnologias, com vistas ao desenvolvimento econômico de modo sustentável (BARROS, *et al.*, 2012).

Esses instrumentos encontram previsão nos artigos 9º a 18 da Lei 6.938, de 1981. São “medidas, meios e procedimentos pelos quais o Poder Público executa a Política Ambiental tendo em vista a realização concreta de seu objeto, ou seja, a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (SILVA, 2010, p. 218).

Dos Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, enumerados no artigo 9º da citada Lei, é importante discorrer com mais detalhes sobre: Zoneamento

Ambiental, Zoneamento para Pesquisas Ecológicas, Zoneamento em Áreas de Proteção Ambiental (APAs), Zoneamento nos Parques Públicos; Fixação de Espaços Especialmente Protegidos; Sistema Nacional de Unidades de Conservação - Lei nº 9.985/2000, Unidades de Proteção Integral, Unidades de Uso Sustentável; Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), Exigência do EIA/RIMA, Incidência do EIA/RIMA; Licenciamento Ambiental, Licença Prévia, Licença de Instalação, Licença de Operação, Licença Simplificada e Atividades Sujeitas ao Licenciamento Ambiental.

2.4.1 Zoneamento Ambiental

Como dito alhures, o princípio do desenvolvimento sustentável se encontra constitucionalmente amparado no artigo 225, que prevê o dever do Poder Público e da coletividade de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O zoneamento ambiental é uma questão que se encontra relacionada ao referido princípio, uma vez que objetiva disciplinar de que forma será compatibilizado o desenvolvimento industrial, as zonas de conservação da vida silvestre e a própria habitação do homem, tendo em vista sempre, como já tantas vezes enfatizada, a manutenção de uma vida com qualidade às presentes e futuras gerações.

Na esteira do entendimento esposado por Silva (2010) e Antunes (2011), o zoneamento é instrumento jurídico de ordenação do uso e ocupação do solo cujo escopo é arbitrar e definir os usos possíveis, estabelecendo regras aptas a definir como e quando serão admitidas determinadas intervenções sobre o espaço.

Nesse sentido, Farias (2009, p. 102) afirma que: “O zoneamento ambiental é uma delimitação de áreas em que um determinado espaço territorial é dividido em zonas de características comuns e, com base nessa divisão, são estabelecidas as áreas previstas nos projetos de expansão econômica ou urbana”.

Depreende-se desses conceitos que o zoneamento ambiental interfere no direito de propriedade, pois a mesma cumpre a sua função social na medida em que atende às diretrizes traçadas pelo plano diretor, o qual nada mais é que um instrumento que tem o propósito de assegurar bem-estar aos habitantes de determinado Município.

O zoneamento ambiental constitui um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, porquanto a má distribuição do parcelamento e da ocupação do solo urbano revela-se como fatores de depreciação da qualidade de vida. Em bases constitucionais, encontra fundamento nos arts. 21, XX, que prescreve à União a instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, habitação, saneamento básico e transportes urbanos; 30, VIII que fixa a competência dos Municípios para promover, no que couber, adequado ornamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; e 182, que cuida da política urbana. Já o fundamento legal do zoneamento encontra previsão no art. 9º da Lei 6.938/81 (FIORILLO, 2009).

Enfatize-se que a competência para o zoneamento é concorrente. Todavia, em se tratando da fixação de indústrias destinadas à instalação de pólos petroquímicos, cloroquímicos e à instalação de usinas nucleares ou outra definidas em lei (art. 10, § 2º da Lei 6.938/81), a competência de zoneamento é exclusiva da União (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2012).

2.4.1.1 Zoneamento para Pesquisas Ecológicas

A Lei 6.902/81 prevê a criação das Estações Ecológicas cuja finalidade precípua consiste na preservação da flora e da fauna. Porém, o seu art. 1º, § 2º, revela a possibilidade de que pelo menos 10% da sua área, definidos no ato de criação, seja destinada a realização de pesquisas ecológicas, podendo haver modificações no ambiente que mereçam proteção, desde que exista um prévio zoneamento promovido pela autoridade competente (SILVA, 2010).

2.4.1.2 Zoneamento em Áreas de Proteção Ambiental (APAs)

Previsto na Lei 6.902-81, trata-se de um zoneamento ecológico-econômico, que estabeleceria normas de uso de acordo com o meio ambiente local. Nelas sempre se formam Zonas de Vida Silvestre de dois tipos: Zonas de Preservação de Vida Silvestre, que são constituídas das reservas ecológicas existentes no território das APAs, nas quais são proibidas atividades antrópicas que resultem em alteração

da biota; Zonas de Conservação da Vida Silvestre, nas quais se admite um uso moderado e auto-sustentado da biota e, nas APAs onde existam ou possam existir atividades agrícolas ou pecuárias formar-se-ão Zonas de Uso Agropecuário, nas quais não se permite a utilização de produtos químicos que importem riscos ao meio ambiente (SILVA, 2010).

2.4.1.3 Zoneamento nos Parques Públicos

Com o propósito de assegurar a melhor preservação dos parques públicos, o Decreto nº 84.017/79, em seu art. 9º, tornou possível o zoneamento, de acordo com suas próprias características. Poderá haver zona primitiva, intangível, de uso extensivo, histórico cultural, de recuperação e de uso especial. Entretanto, vale ressaltar, trata-se de ato da Administração, ficando a critério desta a conveniência e oportunidade (FIORILLO, 2009).

2.4.2 Fixação de Espaços Especialmente Protegidos

De acordo com Figueiredo Filho e Menezes (2012, p. 89) “A fixação de espaços especialmente protegidos é instrumento pelo qual o Poder Público define em todo o território nacional os espaços territoriais que merecem proteção específica”. Tal proteção inclui os recursos ambientais e as águas jurisdicionais, objetivando a conservação de áreas que, por suas características naturais relevante, merecem regime especial de administração e garantias adequadas do Poder Público.

O embasamento constitucional desses espaços protegidos é o artigo 225, inciso III da Carta Magna, regulamentado através da Lei n 9.985/2000 que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC).

2.4.3 Sistema Nacional de Unidades de Conservação - Lei nº 9.985/2000

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), criado pela lei 9.985, de 18 de julho de 2000, define Unidades de Conservação como: “O espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção” (BRASIL, 2000).

O SNUC está se consolidando de modo a ordenar as áreas protegidas, nos níveis federal, estadual e municipal, regulamentando os incisos I, II, III e VII do § 1º do art. 225 da Lei Maior. É composto por 12 categorias de Unidade de Conservação (UC), cujos objetivos específicos se diferenciam quanto à forma de proteção e usos permitidos: aquelas que precisam de maiores cuidados, pela sua fragilidade e particularidades, e aquelas que podem ser utilizadas de forma sustentável e conservadas ao mesmo tempo.

Além disso, a visão estratégica que o SNUC oferece aos tomadores de decisão possibilita que as UC, além de conservar os ecossistemas e a biodiversidade, gerem renda, emprego, desenvolvimento e propiciem uma efetiva melhora na qualidade de vida das populações locais e do Brasil como um todo.

O SNUC tem os seguintes objetivos, de acordo com o que prescreve a Lei:

- I - contribuir para a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais;
- II - proteger as espécies ameaçadas de extinção no âmbito regional e nacional;
- III - contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais;
- IV - promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais;
- V - promover a utilização dos princípios e práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento;
- VI - proteger paisagens naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica;
- VII - proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural;
- VIII - proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos;
- IX - recuperar ou restaurar ecossistemas degradados;
- X - proporcionar meios e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental;
- XI - valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica;
- XII - favorecer condições e promover a educação e interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico;
- XIII - proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente (BRASIL, 2000).

Vê-se, portanto, que as unidades de conservação são espaços especialmente protegidos estando ao abrigo de legislação infraconstitucional. As unidades de conservação segundo a Lei nº 9.985/2000, dividem-se em dois grupos: unidades de proteção integral e unidade de uso sustentável, conforme serão apresentadas a seguir.

2.4.3.1 Unidades de Proteção Integral

As unidades de proteção integral têm como objetivo basilar a preservação da natureza, sendo admitido o uso indireto dos seus recursos naturais, excetuando-se os casos previstos na Lei do SNUC. Compõe este grupo, as seguintes categorias de unidades de conservação: I - Estação Ecológica; II - Reserva Biológica; III - Parque Nacional; IV - Monumento Natural; e V - Refúgio de Vida Silvestre.

2.4.3.2 Unidades de Uso Sustentável

Têm como finalidade principal compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais, ou seja, é aquele que permite a exploração do ambiente, porém mantendo a biodiversidade do local e os seus recursos renováveis.

A Lei nº 9.985/2000, no seu artigo de número 14, divide as unidades de uso sustentável nos seguintes grupos: I - Área de Proteção Ambiental; II - Área de Relevante Interesse Ecológico; III - Floresta Nacional; IV - Reserva Extrativista; V - Reserva de Fauna; VI – Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e VII - Reserva Particular do Patrimônio Natural.

2.4.4 Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/RIMA)

O Estudo prévio de Impacto Ambiental (EPIA) é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Foi instituído por meio da Resolução CONAMA, n.º 001/86 de 23 de janeiro de 1986.

O artigo 225, § 1º, VI da CF/88 reza que para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe também ao Poder Público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”. Sua imprescindibilidade e relevância restaram sobejamente reforçadas com sua previsão em norma constitucional.

O EPIA é um documento técnico, público, onde são avaliadas as consequências para o ambiente decorrentes de um determinado projeto. Nele encontram-se identificados e avaliados de forma imparcial e técnica os impactos que um determinado projeto poderá causar no ambiente, assim como apresentar medidas para minimizar os possíveis impactos. É um instrumento de natureza essencialmente preventiva.

A Resolução nº 1/86, do CONAMA, em seu artigo 1º, expõe o conceito normativo de impacto ambiental da seguinte forma:

Impacto ambiental é qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

Antunes (2011) afirma que, muitas vezes, há confusão entre os termos estudo de impacto ambiental (EIA) e relatório de impacto ambiental (RIMA). Dessa forma, conceitua o EIA como sendo: “o conjunto de pesquisas que se fazem necessárias para avaliar o impacto ambiental de um determinado empreendimento”. Quanto ao RIMA, define-o como “é parte integrante do EIA e tem por finalidade fazer com que conceitos técnicos e científicos sejam acessíveis à população em geral”.

O estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) e o seu respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA) precedem o procedimento de licenciamento ambiental. Por meio daquele, será efetuado profundo e meticuloso exame sobre a adequação ambiental referente à instalação de obra ou qualquer atividade que tenha potencialidade para causar degradação ao meio ambiente. A análise deverá ser feita à luz de elementos atinentes à biologia, geografia, sociologia, entre outras matérias,

sempre apoiada em dados técnicos sérios e relevantes, com a finalidade de avaliar todos os aspectos que envolvam a ação. (FURLAN; FRACALOSSI, 2010).

Todas essas exigências para o EIA, são de suma importância e devem fazer parte do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), para que não sejam levantadas possíveis nulidades.

O RIMA deverá ser divulgado, apresentando as conclusões para que sejam discutidas junto à população em audiência pública, segundo o disposto no artigo 16 da Resolução CONAMA 237/97, que permite o esclarecimento de dúvidas e a apresentação de opiniões da sociedade, principalmente as pessoas do lugar afetado pelo empreendimento. A partir desse momento, o órgão ambiental fará sua manifestação a respeito da atividade e de suas implicações, positivas ou não, e logo a seguir tomará a decisão da emissão ou não da licença ambiental (RODRIGUES, 2010).

2.4.4.1 Exigência do EIA/RIMA

Nos termos do art. 10, da Lei 6.938/81, todas as atividades potencialmente poluidoras devem sujeitar-se ao licenciamento ambiental, o qual constitui-se em um procedimento administrativo durante o qual são deferidas licenças ambientais progressivas, na medida do atendimento das determinações do órgão licenciador. Todavia, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), em que pese atrelado ao processo de licenciamento, com ele não se confunde.

Como dito, o licenciamento ambiental é exigido para toda e qualquer atividade potencialmente poluidora. O EIA, ao revés, deve ser elaborado apenas para as atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, isto é, apenas para aquelas capazes de provocar impactos significativos. Portanto, não é qualquer atividade degradadora/poluidora que enseja a elaboração do EIA, mas, somente, aquelas capazes de gerar alteração adversa significativa.

O art. 2º, da Resolução nº 01/86 do CONAMA, com os acréscimos advindos da Resolução nº.11, de 18.3.86 e 5, de 06.08.1987 trazem o rol das atividades capazes de gerar significativos impactos ambientais. Esse elenco não é *numerus clausus* pois, o *caput* do mencionado artigo, após utilizar a expressão tais como,

arrola várias atividades modificadoras do meio ambiente, cujo licenciamento depende, obrigatoriamente, da elaboração de EIA/RIMA.

2.4.4.2 Incidência do EIA/RIMA

Conforme explana Fiorillo (2009, p. 146), “o meio ambiente possui conceito multifacetário, dividindo-se em vários aspectos: meio ambiente do trabalho, artificial, natural e cultural”.

Assim, apesar de haver uma inevitável associação entre o estudo prévio de impacto ambiental e o meio ambiente natural, o EIA/RIMA não é um instrumento voltado exclusivamente para esse aspecto. Pode ser perfeitamente aplicável às demais partições do meio ambiente, a saber, meio ambiente artificial, cultural e do trabalho.

2.4.5 Licenciamento Ambiental

O conceito legal de licenciamento ambiental é apresentado no inciso I do art. 1º da Resolução 237, de 19 de setembro de 1997, do CONAMA, que o define como:

Art. 1º - [...]:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

A Lei n.º 6.938/81, em seu artigo 9º, inciso IV, já havia previsto o licenciamento ambiental como um dos instrumentos de caráter preventivo da Política Nacional do Meio Ambiente. Dentro dessa política, a concessão das licenças ambientais por meio do processo de licenciamento ambiental tem se destacado como o instrumento mais eficaz de controle aos impactos ambientais pelo homem.

A Resolução CONAMA 237/97, deliberou que o órgão do SISNAMA verificará quando da necessidade das licenças ambientais específicas de acordo com a

natureza, características e peculiaridades das atividades ou empreendimentos a serem realizados, que tenham potencial para interferir no meio ambiente.

Sob a ótica do direito administrativo, a licença é ato unilateral e vinculado; o licenciamento ambiental, a seu turno, implica em um complexo de fases que compõe o procedimento administrativo, o qual visa à concessão de licença ambiental. Ou seja, a licença ambiental constitui ato final de cada uma das etapas do procedimento de licenciamento ambiental.

A licença ambiental é um ato administrativo de natureza *sui generis*, posto que, enquanto licença deixa de ser um ato vinculado para ser um ato discricionário, vez que permite que a administração pública conceda ou não a licença de funcionamento do projeto particular através de um ampliado rol de escolhas, ao contrário do que ocorreria no ato vinculado. Entretanto, a liberdade de escolha, típica de decisões discricionárias é sempre limitada pelo princípio da legalidade, ou seja, não pode o administrador público, mesmo com as prerrogativas supramencionadas, conceder licenças e autorizações para implantação de determinado empreendimento caso a viabilidade deste não tenha sido demonstrada através de procedimentos legítimos e consoantes com a legislação em vigor.

Desse modo, vislumbra-se a outorga de licença ambiental ainda que o estudo prévio de impacto ambiental seja desfavorável. A justificativa para tal possibilidade, segundo Fiorillo (2009), repousa no próprio Texto Constitucional, nos seus artigos 170, V, e 225, ao acenarem à existência do desenvolvimento sustentável, a fim de permitir um equilíbrio entre a proteção ao meio ambiente e a livre concorrência, norteadores do desenvolvimento econômico. Assim, caso o EIA/RIMA seja desfavorável, o equilíbrio entre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento econômico será objeto de estudo da Administração para a concessão ou não da licença ambiental.

Por outro lado, se o EIA/RIMA revelar-se favorável, condiciona a autoridade à outorga da licença ambiental, existindo dessa feita, o direito do empreendedor desenvolver sua atividade econômica, porquanto, conforme já fora enfatizado, o desenvolvimento sustentável é princípio orientador da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento da ordem econômica.

Destarte, o licenciamento ambiental é um processo administrativo complexo que tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a

qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente.

Na Resolução CONAMA, constam os tipos de Licenças Ambientais, que são: Licença Prévia (LP), Licença de Instalação (LI) e Licença de Operação (LO), as quais serão tratadas a seguir.

2.4.5.1 Licença Prévia

O art. 19 do Decreto n. 99.247/90 e o art. 8º da Resolução n. 237/97 do CONAMA apresenta a licença prévia como a licença ambiental concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

É nessa primeira fase que o empreendedor manifesta a intenção de realizar determinada atividade, devendo ser avaliadas a localização e a concepção do empreendimento, de maneira a atestar a sua viabilidade ambiental e a estabelecer os requisitos básicos para as próximas fases, e devendo ser também elaborados os estudos de viabilidade do projeto.

Após a análise, a discussão e a aprovação desses estudos de viabilidade, a instância administrativa responsável pela gestão ambiental do caso em questão concederá a licença prévia, que, por ser a primeira licença ambiental, deverá funcionar como um alicerce para a edificação de todo o empreendimento.

Mirra (2002 *apud* Farias, 2009, p. 116) adverte que o estudo e o relatório prévio de impacto ambiental, bem como as demais avaliações de impacto ambiental, conforme o que for necessário, têm de ser exigidos, elaborados e aprovados antes da concessão da licença prévia, até porque se trata de um pré-requisito para ela.

Com base nesses estudos, o órgão da administração ambiental definirá as condições às quais a atividade deverá se adequar no intuito de cumprir as normas ambientais vigentes. Portanto, por ser a oportunidade para que sejam efetuadas as maiores mudanças estruturais no projeto da atividade a ser licenciada, a licença prévia pode ser considerada a mais importante de todas as licenças ambientais.

2.4.5.2 Licença de Instalação

A licença de instalação pode ser conceituada, de acordo com o art. 19 do Decreto n. 99.247/90 e o art. 8º da Resolução n. 237/97 do CONAMA, como a licença ambiental que autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes. É nessa segunda fase que se elabora o projeto executivo, que é uma reestruturação do projeto original com muito mais detalhes e no qual são fixadas as prescrições de natureza técnica capazes de compatibilizar a instalação do empreendimento com a proteção do meio ambiente por meio de medidas técnicas adequadas.

Em seguida a aprovação do projeto executivo, expede-se a licença de instalação, contendo as especificações de natureza legal e técnica para a efetiva proteção do meio ambiente, sendo somente a partir daí que o órgão administrativo ambiental competente autoriza a implantação da atividade. Qualquer alteração na planta ou nos sistemas instalados deve ser formalmente enviada ao órgão licenciador, para que ele possa expressar a sua concordância (FARIAS, 2009).

2.4.5.3 Licença de Operação

O art. 19 do Decreto n. 99.247/90 e o art. 8º da Resolução n. 237/97 do CONAMA classificam a licença de operação como a licença ambiental que autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação. Farias (2009, p. 118) diz tratar-se a licença de operação:

[...] de ato administrativo conclusivo pelo qual o órgão licenciador autoriza o início das atividades, depois da verificação do efetivo cumprimento do que consta nas licenças anteriormente concedidas, por meio da avaliação dos sistemas de controle e monitoramento ambiental propostos e considerando as disposições legais e regulamentares aplicáveis ao caso específico.

No que concerne a essa terceira fase, logo depois de instalada ou edificada a atividade, o órgão administrativo ambiental deve vistoriar a obra ou o

empreendimento a fim de constatar se todas as exigências de controle ambiental feitas nas fases anteriores foram devidamente cumpridas. Somente depois disso é que será concedida a licença de operação, autorizando o início do funcionamento da atividade.

2.4.5.4 Licença Simplificada

É um procedimento criado para atender, de forma mais ágil e eficaz, as atividades de pequeno porte sujeitas ao Licenciamento Ambiental que apresentem baixo potencial de impacto e cujas medidas de controle são de simples implementação.

Nesse sentido, em face de atividades potencial ou efetivamente de menor porte ou de menor potencial ofensivo, o órgão ambiental competente poderá estabelecer um procedimento simplificado para essas atividades independentemente da fase em que se encontrem, nos termos do § 1º do art. 12 da Resolução de nº 237/97 do CONAMA, o qual indica que “Poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente”.

O § 2º do mesmo artigo, por sua vez, prevê que:

Poderá ser admitido um único processo de licenciamento ambiental para pequenos empreendimentos e atividades similares e vizinhos ou para aqueles integrantes de planos de desenvolvimento aprovados, previamente, pelo órgão governamental competente, desde que definida a responsabilidade legal pelo conjunto de empreendimentos ou atividades.

Farias (2009, p. 119-120) esclarece que há situações em que um determinado empreendimento não necessitaria de licenciamento ambiental caso estivesse sendo considerado individualmente:

Porém, por estar localizado em uma determinada área adensada, onde existem diversos outros empreendimentos, ou por se localizar em uma área especialmente considerada dentro do plano diretor, do plano de gerenciamento costeiro ou de qualquer outro plano ou projeto governamental, tais empreendimentos passam a ter de se submeter ao licenciamento ambiental. Nesse caso, o mais recomendado é que seja feito

um licenciamento ambiental conjunto entre todas essas atividades, o que mandaria menos custos e menor burocracia.

Observa-se que esse procedimento é mais eficaz e objetivo, posto que, se os empreendimentos somente são considerados como potencialmente poluidores na medida em que são observados como conjunto e não individualmente, torna-se evidente que eles devem ser analisados em conjunto. Isso significa que eles devem ser licenciados em conjunto, já que o licenciamento ambiental nada mais é que a análise da viabilidade ambiental de um projeto.

2.4.5.5 Atividades Sujeitas ao Licenciamento Ambiental

O licenciamento ambiental é um instrumento de controle das atividades econômicas, tendo em vista o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma que não é toda atividade econômica que está sujeita a esse procedimento, mas apenas aquelas que são capazes de causar algum tipo de dano ao meio ambiente, constituindo uma ameaça a esse direito fundamental.

Nesse sentido, o art. 10 da Lei n. 6.938/81 expõe que a exigência de licenciamento ambiental diz respeito somente a “estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

Observa-se, portanto, do texto legal acima disposto, duas situações que são pressupostos para a exigência de licenciamento ambiental, quais sejam: atividades utilizadoras de recursos ambientais e atividades capazes de causar degradação ambiental.

No que se refere à primeira situação, o artigo 3º, inciso V, da Lei nº 6.938/81 conceitua recursos ambientais como “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

Em relação à segunda situação, o inciso III do artigo 3º da Lei nº 6.938/81 define o termo poluição como:

a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (BRASI, 1981).

A conceituação apresentada pelo artigo 3º da referida Lei sublinha uma concepção bastante ampla de meio ambiente ao considerar também os elementos econômicos, estéticos, sanitários e sociais e não apenas os naturais.

Já o inciso II do artigo 3º da Lei nº 6.938/81 define degradação ambiental como “a alteração adversa das características do meio ambiente”. Trata-se, pois, de um conceito mais amplo do que o de poluição, tanto é que a definição legal desta se refere à degradação.

Ademais, podemos inferir do *caput* do artigo 10 da Lei n. 6.938/81, quando fala em estabelecimentos e atividades, que também estão sujeitas ao licenciamento ambiental as pessoas físicas que causem ou possam causar uma degradação ambiental. Do mesmo modo, também as pessoas jurídicas, tanto as de direito privado quanto as de direito público, sejam as da Administração Pública direta ou indireta, desde que causem ou possam causar uma degradação ambiental, estão sujeitas ao licenciamento ambiental. Tal entendimento guarda relação com o inciso IV do artigo 3º da Lei nº 6.938/81, que define poluidor como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (FARIAS, 2009).

As atividades sujeitas ao licenciamento ambiental estão elencadas no Anexo I da Resolução CONAMA 237/97. Para as atividades ali listadas, o licenciamento é essencial. No entanto, essa relação é exemplificativa e não pretende esgotar todas as possibilidades, mas procura funcionar como um norteador para os empreendedores. Atividades comparáveis ou com impactos de magnitude semelhante têm grande probabilidade de também necessitarem de licenciamento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que as atividades econômicas modificam o meio ambiente, e este ambiente modificado representa uma restrição externa para o desenvolvimento econômico e social. Os recursos, uma vez consumidos no processo de desenvolvimento, não se colocam uma segunda vez à disposição de estratégias de desenvolvimento. Este fato não seria um problema caso os recursos ambientais não fossem escassos, ou se a capacidade de absorção do mundo biótico e abiótico fosse ilimitada.

Assim, políticas que reencontrem uma compatibilização da atividade econômica com o aumento das potencialidades do homem e do meio natural, sem exauri-los; apoiadas por normas de incentivo à pesquisa científica, de proteção dos recursos naturais e de garantia de uma qualidade ambiental, são expressões do chamado desenvolvimento sustentável - uma outra forma de ver e compreender o direito ambiental.

A sustentabilidade é um conceito que deve permear todas as atividades humanas. Os recursos naturais disponíveis no planeta não são infindáveis, como se acreditava ou se fazia acreditar, antigamente. Assim, o desenvolvimento econômico do Estado brasileiro deve se coadunar com o uso sustentável da natureza, com vistas ao aumento da qualidade de vida da população. De fato, a defesa do meio ambiente é princípio constitucional que dever ser incorporado no processo econômico (art. 170, VI), bem como dedutível da norma expressa do art. 225, §1º, IV.

Nesse contexto, a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) se constitui como um dos principais instrumentos jurídicos para implementação das diretrizes constitucionais para a promoção do desenvolvimento sustentado no país. Essa é a mais relevante norma ambiental depois da Constituição Federal de 1988, pela qual foi recepcionada, visto que traçou toda a sistemática das políticas públicas brasileiras para o meio ambiente.

Não obstante o Brasil ter um arcabouço de leis ambientais mais completas do mundo, seus instrumentos deveriam bastar para que o país já tivesse sob controle toda sua política ambiental. Porém, a existência de barreiras entre o que se pode chamar de setores, ou seja, entre o Estado e a política de mercado, contribuem para dificultar a sua plena efetivação. Os fatores que podem influenciar no aumento

dessas barreiras são a falta de capacitação em todos os níveis, a falta de recursos financeiros e a falta de políticas públicas eficientes.

Ainda que a legislação brasileira tenha acompanhado a necessária evolução que impõe medidas protetivas ao ambiente, verifica-se que a sociedade não logrou acompanhar, satisfatoriamente, tal processo. A eficácia desses instrumentos muitas vezes é questionável, pois não é simples manter o desenvolvimento econômico e conter o avanço da degradação ambiental.

Para se alcançar a desejada eficácia e eficiência na legislação ambiental, por meio da utilização dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, é necessário mais do que só a normatização de suas vias de comando e controle, mas também são imprescindíveis outras políticas públicas, como conscientização da população por meio de políticas educacionais com foco nos aspectos voltados para a sustentabilidade, à mudança de hábitos de consumo e estilo de vida.

É correto afirmar que as questões ambientais sofreram transformações nos últimos anos, e, por conseguinte, exigiu novas posturas frente aos problemas acarretados. A edição de novos instrumentos implica no envolvimento de vários agentes, contribuindo assim, para o aparecimento de novas soluções. Um dos principais agentes na transformação dos modelos é a sociedade, na medida em que pressionam os órgãos públicos e as empresas, influenciando diretamente nas ações desses entes.

Esse novo olhar quanto à necessidade de preservação ambiental faz com que as ações se tornem, geralmente, mais efetivas, pois os mais interessados, as gerações atuais em defesa das gerações futuras, não podem atualmente, serem consideradas como menos importantes. É preciso proteger o meio, sem descuidar do desenvolvimento econômico, indispensável em um país que se encontra em franca expansão.

O sistema econômico capitalista baseado no consumismo inconsciente e predatório é incompatível com a evolução da sociedade em bases sustentáveis por levar ao esgotamento e deterioração dos recursos ambientais, fazendo ruir a economia. Urge fortalecer a sociedade com tais meios preventivos, modificando o atual quadro, em que se busca a recuperação do meio, quase que com exclusividade, através do Judiciário.

Esse fortalecimento da sociedade passa não só pela educação ambiental como pela possibilidade de efetiva participação popular na política nacional do meio

ambiente, com iniciativa para apresentação de projetos legislativos, participação em órgãos colegiados, dotados de poderes normativos, e através do Poder Judiciário. Só assim conseguiremos dar o salto qualitativo que a defesa do meio ambiente no Brasil exige.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROS, Dalmo Arantes *et al.* Breve análise dos instrumentos da política de gestão ambiental brasileira. *Política & Sociedade*, Florianópolis, vol. 11, nº 22, nov de 2012. Disponível em: <www.periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/.../23765>. Acesso em: 23 maio. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do. (1988)*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Lei n. 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/L6938.htm>. Acesso em: 24 maio. 2013.

_____. *Lei n. 9.985*, de 18 de julho de 2000. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm>. Acesso em: 24 maio. 2013.

_____. CONAMA. *Resolução n.º 001*, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 25 maio. 2013.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7254>>. Acesso em: 23 maio. 2013.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad: 1997. p.128.

FARIAS, Talden Queiroz. *Introdução ao direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Licenciamento ambiental e responsabilidade empresarial. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 30, jun 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1171>. Acesso em: 25 maio. 2013.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de; MENEZES, Maria do Socorro da Silva. *Sinopse de direito ambiental*. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FLORIANO, Eduardo Pagel. *Políticas de gestão ambiental*. Santa Maria: UFSM-DCF, 3. ed. 2007. Disponível em: www.ufsm.br/dcf/seriestecnicas/serie7.pdf. Acesso em: 23 maio. 2013.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: FORENSE, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RODRIGUES, Melce Miranda. Política Nacional do Meio Ambiente e a eficácia de seus instrumentos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7500>. Acesso em 25 maio. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

A AÇÃO HUMANA: ANÁLISE JURÍDICO-FILOSÓFICA

HUMAN ACTION: LEGAL PHILOSOPHICAL ANALYSIS

JÂNIO DA SILVA SALES*
FLAMARION TAVARES LEITE**

RESUMO

A ação humana, segundo Hans Welzel, é exercício de uma atividade final, isto é, é um ato voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer, podendo ser controlado racionalmente para possibilitar a convivência pacífica entre os cidadãos, para o bem da coletividade. Porém, para Friedrich Nietzsche, o controle racional da ação humana apresenta-se em uma ficção que tem por objetivo possibilitar o julgamento da conduta humana, na medida em que suas manifestações passam a ser realizadas por um sujeito de forma livre e espontânea. Vale salientar que, a sedução da linguagem determina, segundo o filósofo supracitado, essa disjunção, como condicionante do efeito a uma causa eficiente. Assim sendo, coloca-se o uso da linguagem a serviço dos preceitos, das normas, das doutrinas, das jurisprudências, dos dogmas e da razão. Destarte, toda essa estrutura (fato típico, antijurídico e culpável) tem como finalidade incutir na ação uma culpa pelas suas manifestações espontâneas. Desse modo, o efeito, a expressão da força, depende da ação livre do sujeito.

Palavras Chave: Senso de Responsabilidade Pessoal. Ordenamento Jurídico. Antijuridicidade. Justiça.

ABSTRACT

Human action, according to Hans Welzel, exercise is a final activity, ie, it is a voluntary act, directed to any one purpose, can be rationally controlled to enable peaceful coexistence among citizens for the collective good. But to Friedrich Nietzsche, the rational control of human action is presented in a fiction that aims to enable the judgment of human conduct, in that its manifestations are to be performed by a subject in a free and spontaneous. It is noteworthy that the seduction of language determines, according to the philosopher mentioned above, this disjunction, as a condition to the effect an efficient cause. Thus arises the use of language in the service of precepts, rules, doctrines, of jurisprudence, dogmas and reason. Thus, this structure (typical fact, anti-juridical and culpable) aims to instill guilt into action by their spontaneous demonstrations. Thus, the effect of the expression of force depends on the free action of the subject.

Keywords: Sense of Personal Responsibility. Legal System. Antijuridicidade. Justice.

*Graduado em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB e Graduando em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. E-mail: janiosales@hotmail.com.

**Doutor em Filosofia, professor do Curso de Direito da Fesp Faculdades. Atuou como orientador desse estudo.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como finalidade analisar a ação humana sob ponto de vista jurídico-filosófica, partindo do pressuposto que o empírico e o metafísico se relacionam e marcam as fronteiras da ação humana. Deste modo, parte da suposição de que a ação humana como sinônimo de conduta e comportamento, segundo Welzel (2011), jusfilósofo e penalista alemão, na década de 30 do século passado, é exercício de uma atividade final. Sendo assim, a ação, ou conduta que compreende qualquer comportamento humano, é um ato voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer, podendo ser controlado racionalmente para possibilitar a convivência pacífica entre os cidadãos, para o bem de toda coletividade. Por outro lado, os atos referentes aos reflexos, expresso através da força, dos instintos, ignoram a finalidade da própria ação ou da própria racionalidade.

O ato humano voluntário é consciente da finalidade, isto é, o ato existe antes como pensamento, como possibilidade, e a execução resulta de meios necessários para atingir os fins propostos. Quando há interferências externas no processo, os planos são modificados para se adequarem à nova situação, ou seja, o caráter final da ação, propriamente dita, baseia-se no fato de que o homem, antes de executar um plano, é capaz de avaliar, de medir, de pesar os prós e os contras, dentro de certos limites e designar-lhes fins diversos, partindo do pressuposto, obviamente, que existe um sujeito livre, autônomo e com capacidade absoluta.

Portanto, o que caracteriza, fundamentalmente, o agir humano é a capacidade de antecipação ideal do resultado a ser alcançado. Por isso a ação humana consiste em um ato voluntário, isto é, um ato de vontade que decide realizar o fim proposto. Porém, conforme Nietzsche (1992)(1844-1900), a diferença entre a ação e seus efeitos apresenta-se em uma ficção que tem por objetivo possibilitar o julgamento da conduta humana, na medida em que suas manifestações passam a ser realizadas por um sujeito de forma livre e espontânea. Vale salientar que, a sedução da linguagem determina, segundo o filósofo supracitado, essa disjunção, como condicionante do efeito uma causa eficiente. Portanto, toda essa estrutura (fato típico, antijurídico e culpável) tem como finalidade incutir na ação uma culpa pelas suas manifestações espontâneas. Deste modo, o efeito, a expressão da força, depende da ação livre do sujeito.

Tendo por base estas digressões, esta pesquisa será conduzida sob a forma de pesquisa bibliográfica, com ênfase na temática a ação humana buscando-se estabelecer uma análise jurídico-filosófica, confrontando dois renomados pensadores alemães. Por um lado, o jusfilósofo e penalista alemão Hans Welzel e por outro o filósofo alemão contemporâneo Nietzsche (1992). O primeiro procura enquadrar a ação humana em crime, através dos três elementos que converte a ação em delito, e o segundo procura apenas descrevê-la analisando apenas seus elementos, pois na sua concepção o que possibilita o julgamento da ação é a sedução linguagem e a criação do sujeito livre como responsável pela ação.

2 A CARACTERIZAÇÃO DA AÇÃO E SEUS EFEITOS

A ação humana como sinônimo de conduta e comportamento, segundo Welzel (2011), é exercício de uma atividade final. Sendo assim, a ação, ou conduta que compreende qualquer comportamento humano, expresso através da força, é um ato voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer. Assim, o que caracteriza fundamentalmente o agir humano é a capacidade de antecipação ideal do resultado a ser alcançado. Por isso a ação humana consiste em um ato voluntário, isto é, um ato de vontade que decide realizar o fim proposto.

Deste modo, com base no filósofo Kant, enquanto tudo na natureza age segundo leis, apenas o ser humano age segundo princípios, o que exige dele a capacidade de escolha: portanto, só ele tem uma vontade. E como para agir racionalmente precisa de princípios, a vontade é a razão prática, o instrumento para compreender o mundo dos costumes e orientar o indivíduo na ação (NADER, 2012).

Portanto, o caráter final da ação, propriamente dita, baseia-se no fato de que o homem, antes de executar um plano, é capaz de avaliar, de medir, de pesar os prós e os contras, dentro de certos limites e designar-lhes fins diversos, partindo do pressuposto, obviamente, que existe um sujeito livre, autônomo, racional e com capacidade absoluta.

Contudo, o médico austríaco Sigmund Freud (1856-1939), fundador da psicanálise, ao levantar a hipótese do inconsciente desmente as crenças racionalistas segundo as quais a consciência, isto é, a razão, o discernimento entre o certo e o errado, é o centro das decisões e do controle das vontades, dos instintos,

dos desejos e dos impulsos. Segundo Freud, diante das forças conflitantes das pulsões, o indivíduo reage, mas desconhece os determinantes de sua ação. Deste modo, caberá ao processo psicanalítico auxiliá-lo a recuperar o que foi silenciado pela repressão dos instintos (GAY, 1989).

Conforme o filósofo Nietzsche (1998), a diferença entre a ação e seus efeitos apresenta-se em uma ficção que tem por objetivo possibilitar o julgamento da conduta humana, na medida em que suas manifestações passam a ser realizadas por um sujeito de forma livre e espontânea. A sedução da linguagem determina, segundo o filósofo alemão, essa disjunção, como condicionante do efeito a uma causa eficiente. Destarte, toda essa estrutura (fato típico, antijurídico e culpável) tem como finalidade inculcar na ação uma culpa pelas suas manifestações espontâneas. Desse modo, o efeito, a expressão da força, depende da ação livre do sujeito. Assim, segundo Nietzsche (1998), coloca-se o uso da linguagem a serviço dos preceitos, das normas, das doutrinas, dos dogmas e da razão.

3 A AÇÃO E O SENSO DE RESPONSABILIDADE PESSOAL

Diante da ação humana e o senso de responsabilidade pessoal, pode-se indagar: Será que existe realmente um sujeito livre? Uma vez que os conflitos entre a vontade individual do cidadão de agir e as regras da sociedade levam a seguinte questão: Será ele livre quando quiser ou fizer algo que contrarie a sociedade, ou será livre quando dominar sua vontade e obrigar a aceitar o que sociedade determina? Ou seja, o homem é livre quando segue sua vontade ou quando ele é capaz de controlá-la? Será que não existe uma crença silenciosa de que obter tal controle não seria exercer a própria liberdade, isto é, a capacidade do sujeito poder escolher voluntariamente suas ações, suas ideias, seus sentimentos? Se ele conseguir tal êxito, será também considerado justo, correto e bom?

O determinista afirma categoricamente que o homem não é livre porque sua ação é determinada por causas que a antecedem. Já para Jean-Paul Sartre, o homem existe, encontra a si mesmo, surge no mundo e só posteriormente se define. Assim, o homem nada mais é do que aquilo que ele faz de si mesmo. É esse o primeiro princípio, o homem inventa o homem (CHAUI, 1996).

Diante da atual conjuntura dialética da existência humana, ao analisar a conduta humana, podem-se observar quantas vezes o indivíduo levado por um impulso absolutamente incontrolável ou por uma emoção bastante forte, faz alguma coisa que depois se sente envergonhado ou com remorso? Essas sensações também expressam o seu senso de responsabilidade pessoal, isto é, a avaliação de sua própria conduta segundo ideias como as de certo e errado. Destarte, responsabilidade pessoal é a capacidade de assumir consciente e livre a autoria do seu ato, reconhecendo-o como seu e respondendo pelas consequências dele.

Por outro lado, muitas vezes, fica regozijado e feliz diante de uma pessoa cujos procedimentos e expressões denotam probidade, equidade, caráter, honradez, polidez, ou seja, espírito de justiça e altruísmo. Sente que há nobreza e decência nessa pessoa. Sente admiração por ela e almeja imitá-la. Tais emoções e anseios também traduzem o seu senso moral, ou seja, a maneira como avalia a conduta e a ação de outras pessoas segundo ideias como as de grandeza e nobreza de alma.

Algumas vezes, é tomado pelas atrocidades, ou seja, o horror diante da violência: extermínio de seres humanos e animais, linchamentos, assassinatos, estupros, genocídios e torturas. Com frequência fica indignado ao saber que um inocente foi injustamente acusado e condenado, enquanto o verdadeiro culpado permanece impune. Sente-se cólera diante do cinismo dos mentirosos, dos que usam outras pessoas como instrumento para seus interesses e para conseguir vantagens à custa da boa-fé de outros. Esses sentimentos também demonstram o seu senso de responsabilidade pessoal, ou a maneira como avalia as ações alheias segundo as ideias de justiça e injustiça (CHAUI, 1996).

Outras vezes convive com situações de extrema aflição e ansiedade. Por exemplo, uma pessoa muito amada, com uma doença no estado terminal, ainda permanece viva apenas porque seu corpo está conectado a uma máquina. Em coma profundo, permanece na cama de um hospital padecendo. Não seria melhor que repousasse em paz? Por uma questão de compaixão e solidariedade humana, não seria mais conveniente deixá-la morrer? Será que poderá desligar os aparelhos? Ou não tem este direito de fazê-lo? Que fazer então? Qual ação correta?

Uma adolescente descobre que está grávida. Tem a sensação de que seu corpo e sua alma ainda não estão preparados para a gravidez. Tem a consciência que seu parceiro, mesmo que tenha a intenção de apoiá-la, é tão incipiente e despreparado para a vida quanto ela e que ambos não terão como responsabilizar-

se inteiramente pela gestação, pelo parto e pela educação da criança. Ambos estão absolutamente encurralados, perplexos diante de tal situação. Além disso, existe a preocupação de não contar com o apoio e a solidariedade da família e dos amigos. Por outro lado, almeja a criança, mas tem a preocupação de dar-lhe uma vida de pobreza e ser desumana com quem não pediu para nascer. Pode realizar um aborto? Deve fazê-lo?

Um chefe de família aflito, solapado, encaixotado, envergado, deprimido, oprimido, desempregado com várias crianças para alimentá-las e a esposa enferma, recebe uma excelente oferta de emprego que exige que seja desonesto e cometa desvios que favoreçam seu patrão. Sabe que o emprego possibilitará a manutenção e o sustento dos filhos e pagará todo tratamento da esposa. Poderá aceitar o trabalho? Ou deverá rejeitá-lo?

Um professor vê, nas portas de uma determinada escola pública, um estudante de menor em conflito com a lei vendendo droga a um outro. Esse educador sabe que tanto o adolescente traficante como o jovem consumidor estão realizando ações a que foram instigados, estimulados pela atividade do crime organizado, contra o qual as forças policiais parecem impotentes. Deve denunciar o estudante traficante, mesmo tendo consciência que com isso não conseguirá atingir as poderosas forças que alimentam o tráfico, porém apenas um ínfimo anel de uma corrente criminoso que permanecerá impune e que, por outro lado, poderá voltar-se contra quem fez a denúncia? Que fazer? Qual a ação correta?

Com efeito, a origem da responsabilidade pessoal, isto é, a culpabilidade, conforme indica Nietzsche (1998), está diretamente relacionada à moralidade dos costumes, já que lhe coube criar as condições necessárias para o desenvolvimento da responsabilidade no homem, visando fazer dele, primeiramente, um homem confiável, constante, uniforme, “igual entre os iguais”, regular e, conseqüentemente, calculável. Nesse aspecto, encontra-se a função dessa moralidade em que o homem, formando a si mesmo, fez-se confiável aos olhos de sua sociedade.

Com base nessas reflexões e elucubrações, como surgiu no homem a consciência da culpa, “a responsabilidade pessoal” propriamente dita? Com base no argumento nietzschiano, no primeiro momento não havia a noção de culpa, mas tão-somente de dívida. Liquidada a dívida, o devedor ou o infrator se encontrava livre, e a relação credor-devedor (sociedade x infrator) se extinguiu. No segundo instante,

com a interiorização da culpa, a mera reparação do dano já não pagava a dívida. O homem tornou-se culpado e a forma de resgate foi o acréscimo constante de culpa.

O filósofo alemão analisa a procedência do sentimento de dever e de obrigação pessoal das relações contratuais entre credor e devedor. Assim, ele associa o conceito moral de culpa à ideia material de dívida situando os supremos valores morais em sua origem eminentemente material. Foi exatamente neste período que, pela primeira vez, o homem pensou em elaborar preços, medir valores, tendo ainda a astúcia de se nomear como o ser que mede valores.

4 A AÇÃO E A CONSCIÊNCIA MORAL

Ocorrências como essas descritas no tópico anterior surgem a todo o momento na vida humana. Dúvidas quanto à decisão correta a tomar não demonstram tão somente o senso de responsabilidade pessoal, mas põem à prova a consciência moral, pois exigem que, sem ser obrigado por outros, decida o que fazer, que justifique para si mesmo e para os outros as decisões e que assuma todas as consequências delas advindas. Portanto, em outras palavras, a consciência moral não se restringe aos sentimentos morais individuais, mas se refere também a avaliações de conduta que leva o sujeito a tomar decisões por si mesmo, agir em conformidade com elas e a responder por elas perante os outros.

Os exemplos citados indicam que o senso de responsabilidade pessoal e a consciência moral referem-se a valores (justiça, honradez, espírito de sacrifício, integridade, generosidade) a sentimentos provocados pelos valores (admiração, vergonha, culpa, remorso, contentamento, cólera, amor, dúvida, medo) e a decisões que conduzem a ações com consequências para si e para os outros. Embora os conteúdos dos valores variem, pode-se notar que se referem a um valor mais profundo, mesmo apenas subentendido: o bom ou o bem (CHAUI, 1996).

Retomando a questão sobre dúvidas quanto à decisão a tomar, contemporaneamente, continuam as tentativas de superação a oposição determinismo-liberdade, para investigar em que medida o ser humano é determinado e livre. Primeiramente as respostas que se orientam pela perspectiva racionalista, que privilegia a consciência moral como a capacidade intelectual do conhecimento (SILVA, 2012).

De acordo com essa visão, não há como negar que o ser humano sofre influências da cultura que herdou e do tempo e espaço em que vive. Todavia, por ser consciente, é capaz de conhecer esses condicionamentos. A partir da consciência das causas (e não à revelia delas), é possível construir um projeto de ação. Assim sendo, encontra-se a liberdade no poder de transformação sobre a natureza do mundo e sobre a própria natureza humana (CHAUI, 1996).

Dessa forma, a causalidade não é ignorada, mas introduz-se uma outra causa, a consciência do determinismo, que transforma o sujeito em ser atuante, e não simples efeito passivo das causas que agem sobre ele. A ação livre concretiza-se no trabalho do indivíduo como ser consciente e prático (CHAUI, 1996).

Assim, a moral não é uma ciência exata e enfrenta a dificuldade de lidar com os elementos irracionistas da alma, como os afetos fortes das paixões humanas, a fim de submetê-los à ordem da razão. Por isso, Aristóteles desenvolve a teoria da mediania, pela qual toda virtude é boa quando é controlada no seu excesso e na sua falta (SILVA, 2012).

Destarte, os sentimentos e as ações, nascidos de uma escolha entre o bom e o mau ou entre o bem e o mal, também se referem a algo mais profundo e subentendido: o anseio de afastar a dor e o sofrimento e de alcançar a felicidade, seja por ficar contente consigo mesmo, seja por receber a aprovação dos outros (ALMEIDA, 2008).

Por outro lado, Nietzsche (1998) utilizou-se de uma metáfora para indicar que não é justo que as ovelhas condenem as aves de rapina como sendo más. Afirmar categoricamente que as aves de rapina são más e que as ovelhas, por não serem aves de rapina, são boas, significa acreditar que a ave de rapina poderia reter a sua força, e que, por não fazê-lo, é considerada má, e, conseqüentemente, culpada. Encontra-se neste postulado a crença segundo a qual aquele que não consegue dominar a sua força é considerado “mau”. Contrariamente, aquele que consegue tal êxito é “bom”.

5 A AÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Por outro lado, sob o ponto de vista jurídico dogmático; uma ação, conforme Welzel (2011), converte-se em delito se transgride a ordem da sociedade de um

modo previsto em um dos tipos legais e pode ser reprovável ao autor no conceito de culpabilidade. Por isso, conforme o jurista alemão, o ordenamento jurídico deve concretizar suas disposições penais, ou seja, deve descrever objetivamente a conduta que proíbe: matar, furtar, roubar, estuprar etc. Portanto, a ação ou a conduta tem que transgredir de um modo determinado a ordem social, isto é, tem que ser “típica” e antijurídica”, além disso, reprovável ao autor como pessoa responsável: tem que ser “culpável”.

Deste modo, com base no eminente jurista alemão Welzel (2011), a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em delito. Deste modo, acredita-se que a ação é feita de causalidades, nexo causal; que as coisas, os fatos, as situações se encadeiam em relações de causa e efeito que podem ser conhecidas por todos e, até mesmo, ser controladas para serem utilizadas para o bem comum de toda sociedade.

Seguindo este mesmo raciocínio, Welzel (2011, p. 57), analisando a origem da responsabilidade pessoal, diz:

A culpabilidade – a responsabilidade pessoal pelo fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade que estar, por sua vez, concretizada nos tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão vinculadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Para Welzel (2011) o ordenamento jurídico, que é o direito posto pelo Estado, quer criar, com suas normas e preceitos permissivos, uma ordem valorosa da vida social, a realização antijurídica do tipo, isto é, a descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo ou da matéria da norma) que é uma figura totalmente conceitual. Assim, a antijuridicidade é um juízo de desvalor objetivo, ao recair sobre a conduta típica e realizar-se com base em um critério geral: o ordenamento jurídico, ou seja, o direito positivo propriamente dito.

Deste modo, o Direito disciplina ações, condutas, impondo princípios à vida em sociedade. Os relacionamentos entre as pessoas levam as relações das variadas naturezas impregnadas pelo Direito; relações com o Estado, relações familiares; para que estas relações entre os vários seres humanos sejam viáveis, não acarretando o caos, surge a norma jurídica, cujo conceito é amplo.

Sendo assim, a dogmática do Direito Penal, segundo Welzel (2011), tentou compreender, primeiramente, o conceito de injusto, partindo da distinção: “objetivo-

subjetivo”. Logo, ao injusto deveriam pertencer, exclusivamente, os caracteres objetivos, externos, da ação, enquanto os elementos subjetivos, anímicos, deveriam constituir a “culpabilidade”.

Portanto, para o jurista alemão, o conceito de culpabilidade acrescenta ao de ação antijurídica – tratando-se de uma ação dolosa ou não dolosa – um novo elemento, que a transforma em delito. Assim, a culpabilidade é a reprovabilidade da resolução de vontade. O autor podia adotar no lugar da resolução de vontade antijurídica – tanto se esta se dirige à realização dolosa do tipo como se não aplica a direção final mínima exigida – uma resolução de vontade conforme a norma. Seguindo o raciocínio do eminente jurista, toda culpabilidade é, pois, culpabilidade de vontade. Deste modo, apenas aquilo que depende da vontade do homem pode ser-lhe reprovado como culpável. Suas qualidades e suas aptidões – tudo aquilo que o homem simplesmente “é” – podem ser valiosas ou de escasso valor (consequentemente, podem ser também valoradas), mas apenas o que tenha feito delas ou como as tenha empregado – em comparação com o que tivesse podido e devido fazer delas ou como as tivesse podido e devido empregar -, só isso pode ser-lhe computado como “mérito” ou reprovado como “culpabilidade”.

Para Welzel (2011), a essência da culpabilidade pode ser definida, do modo mais exato, por meio da palavra, não muito bela do ponto de vista estilístico, “reprovabilidade”. Sendo assim, a culpabilidade é o que reprova o autor que podia atuar conforme as normas jurídicas por sua conduta contrária ao Direito. Logo, a culpabilidade é um conceito valorativo negativo e, portanto, um conceito graduável. A culpabilidade pode ser maior ou menor, segundo a importância que tenha a exigência do Direito e segundo a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la.

6 A AÇÃO E AS RELAÇÕES ENTRE VIOLÊNCIA, CULPABILIDADE E JUSTIÇA

Para Nietzsche (1998), antes de tudo, existe o desejo de crueldade do homem, porquanto muitas vezes a compensação consiste no deleite em ver o sofrimento do outro. Consequentemente, na designação dos conceitos morais do homem está a crueldade, o sangue, que permitiram a fixação e o estabelecimento da memória, da consciência, dos conceitos de culpa e dever. Mesmo assim o que prevalece é a ideia de equivalência, equiparação e medida que sustenta a relação

dano/dor. Na visão nietzschiana, não se castigava por responsabilidade diante do ato e sim por raiva devido ao dano. Assim sendo, o castigo não possuía uma conotação moral, mas, diferentemente, procurava-se através dele uma reparação ou restituição do dano.

A violência pode ser considerada sob diferentes aspectos. Quando o foco está em seus efeitos, é vista como ação intencional, um indivíduo ou grupo, que acarreta uma modificação prejudicial no estado psicológico de um outro indivíduo ou grupo ou é dirigida contra a sua própria integridade física/psicológica.

Em nossa cultura, a violência é entendida como violação da integridade física e psíquica, da dignidade humana de alguém. Eis por que o assassinato, a tortura, a injustiça, a mentira, o estupro, a calúnia, a má-fé, o roubo são considerados violência, imoralidade e crime (SILVA, 2012).

Portanto, o conceito de violência inclui fenômenos tão distintos como: Agressões físicas e verbais, sequestros, homicídios, acidentes de trânsito, suicídio e também auto depreciação, demonstrações de preconceito e discriminação, tentativas de inferiorizar, humilhar, excluir ou submeter o outro, negar, pelo Estado, direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais aos cidadãos e cidadãs.

Alguns pesquisadores, reconhecendo a multiplicidade, só se referem à violência no plural. Pesquisa realizada pelo Datafolha, entre os dias 19 e 20 de Março de 2007, em todo país, ouvindo 5.700 pessoas, revelou que os brasileiros consideram a violência o principal problema do país (31%), superando a preocupação com o desemprego (22%), que é uma forma especialmente perversa de violência econômica e social.

Fundamentalmente, a crueldade, ou seja, a violência é percebida como exercício da força física e da coação física e da coação psíquica para obrigar alguém a fazer alguma coisa contrária aos seus interesses e desejos, contrária ao seu corpo e à sua consciência, causando-lhe danos profundos e irreparáveis como a morte, a loucura, a autoagressão ou a agressão aos outros (CHAUI, 1996).

Conforme o filósofo Hobbes a violência é o resultado da soma de dois fatores: a natureza humana e a ausência ou fraqueza do Estado. Deste modo, a única maneira de evitar a guerra será estabelecer um poder suficientemente forte para impor limites às ações e evitar que as desavenças sejam resolvidas pela violência (ALMEIDA, 2008).

Considerando que o conceito de humanidade reside no fato de que o homem é um ser racional, dotado de vontade livre, de capacidade para a comunicação e para a vida em sociedade, para interagir com a natureza e com o tempo, a cultura e a sociedade definem o homem como sujeito do conhecimento e da ação, localizando a violência em tudo aquilo que reduz um sujeito à condição de objeto.

Já o sentimento de culpabilidade, conforme o filósofo alemão Nietzsche, originou-se da mais antiga e originária relação material entre credor e devedor. Daí surgem, segundo Nietzsche, o direito e a justiça, pois a partir da medida, do peso, enfim, do ato de estimar, que o homem chegou ao estabelecimento de direitos e deveres. A justiça recebe, igualmente, em Nietzsche, outro estatuto, já que a relação entre dor e esquecimento, em virtude do estabelecimento de uma memória da vontade, remete ao próprio papel da justiça. O dano representa exatamente a não execução da promessa e, com isso, o esquecimento diante da palavra empenhada. Assim, o castigo brota como meio preciso para fazer estabelecer no homem uma memória. A origem do sentimento de culpabilidade pode ser encontrada na sua gênese, na relação entre credor e devedor. Através dessa relação, desenvolve-se a capacidade do homem de valorar, e estabelecer equivalência entre uma pessoa a outra (NIETZSCHE, 1998).

A justiça como fonte do Direito, sendo este essencialmente reto, justo, tem sua origem na possibilidade de o homem, medindo pessoa a pessoa, visto que ele é um ser que valora, procura diferenciar os que têm mais ou menos potência e estabelecer direitos entre os iguais. Em virtude disso, os iguais ajustam-se entre si e subjagam aqueles que têm menos potência. É interessante observar que os iguais são os próprios membros da comunidade, que aceitam agir conforme suas prescrições, apesar da necessária cobrança ao indivíduo que quebra o acordo e o seu imediato afastamento. Neste momento, o infrator perde os benefícios dos costumes que o protegiam e contra os quais ele se rebelava, eis que surge a necessidade do castigo, da pena, como cobrança do credor, no caso, a sociedade, ao devedor, infrator. Nesse sentido, o transgressor, o infrator não é julgado e sim sua ação, neste contexto, converte-se em delito, crime. Segundo a doutrina do direito penal, a culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a ação típica e ilícita do agente. Reprovável ou censurável é aquela ação levada a efeito pelo o agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo.

Portanto, a justiça como fonte do direito, segundo Nietzsche (1998), intensifica-se quando as comunidades são mais vulneráveis, frágeis diante da possibilidade de sua própria destruição. Por outro lado, com o aumento de seu poder, a subversão individual não a ameaça e, sendo assim, o indivíduo é protegido pela comunidade perante aquele a quem diretamente lesou. Segundo o Filósofo, podemos perceber alguns elementos elucidativos da evolução do direito penal, pois o aumento do poder da comunidade conduz a uma certa separação entre o infrator e a ação, o que possibilita ao infrator o resgate da própria infração.

Destarte, a afirmação do direito penal está relacionada ao poder da comunidade. "Quanto mais ela aumenta seu poder, menos ela precisa de leis duras, uma vez que reduz sua vulnerabilidade, acontecendo o inverso, caso esta aumente" (NIETZSCHE, 1998, p. 59-69).

Nietzsche (1998) concebe o homem nobre, ativo, violento, excessivo, agressivo, corajoso como possuidor de um olho livre em todas as épocas, assim como de uma consciência melhor; contrariamente, quem carrega na consciência o sentimento de culpa, é o homem do ressentimento, fraco, tosco, plebeu.

Para o citado filósofo, o processo de determinação da justiça é conduzido pela positividade e não pelos sentimentos reativos, representado pelo polo passivo, que inclusive são próprios do ressentimento, do fraco, do tosco, do plebeu. Portanto, na sua concepção, a justiça é sempre produto da atividade, isto é, o polo ativo, representado pelo homem nobre, poderoso, rico, a classe aristocrática, uma vez que os poderes ativos exercem sua função mediante a avaliação, a medida. Os afetos ativos, como a ânsia de domínio e de posse, são os que realmente instituem a justiça. Para ele, uma resolução da justiça que não reconhecesse a luta entre os complexos de poder como legítima seria hostil à vida, pois é próprio da vida ansiar pelo poder, pela posse.

Para Nietzsche, a vida na sua essência, nas suas funções básicas, age por infração, violação, exploração, destruição; ela não poderia ser concebida sem isso. Isto implica necessariamente a impossibilidade do justo e injusto em si e revela sua relação direta com a instituição da lei, onde surge exatamente o injusto penal, isto é, o direito propriamente dito que possibilita distinguir o correto do incorreto, o justo do injusto. Desta forma, exprime o Código Penal Brasileiro art. 1º: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 2013).

Nietzsche (1998) contesta os que associam o sentimento de culpabilidade à pena. Na compreensão do filósofo, foi justamente a pena o que mais impediu o sentimento de culpa. É interessante observar, que muitas vezes, o conjunto dos métodos judiciais e os procedimentos acusativos eram tão cheios de tramas, ardis, fraudes, arapucas, mentiras, adulterações que se torna muito mais repreensível do que a ação do próprio criminoso. Em certa ocasião, o conjunto do sistema punitivo era tão severo que tornava brando o ato criminoso. Neste aspecto, o delinquente não sente remorso ou culpa, porquanto a pena ultrapassou em muito o delito. A pena, de tão severa, exonerava o auxílio da culpa. Com o refinamento póstumo da punição, o castigo interioriza-se, transformando a culpa no principal ingrediente do suplício.

Segundo Nietzsche (1998), a culpabilidade nasceu em consequência da mudança no modo de vida do homem. O seu nascimento originou-se de um rompimento, um salto, uma adaptação involuntária que se processou quando o animal homem precisou desligar-se do que há de animal em si, isto é, frear, reprimir, seus instintos para viver em sociedade. Encontrando-se em sociedade e em paz, o animal homem, que vivia entregue à vida errante, desregrada, dissoluta, à guerra, à aventura, ficou sem saber o que fazer com seus instintos, que continuavam a lhe fazer exigências. Nesse momento, o homem deixou de liberar seus impulsos, não podendo mais contar com os seus velhos guias, os seus instintos certos e inconscientes. Com isso, ele começou a deduzir, a calcular, a combinar causas e efeitos, a apelar para o seu órgão mais miserável e falível: a sua consciência. E todos os seus impulsos, que não mais podiam ser descarregados para fora, o externo, voltavam-se para dentro, o interno, voltavam-se contra o próprio homem, fazendo surgir a culpabilidade, o juízo de reprovabilidade no seu sentido mais estilístico.

Não obstante a impossibilidade de liberação dos instintos, estes continuavam a existir e, mais ainda, permaneceram como algo latente que necessitam ser extravasado. Essa impossibilidade de exteriorização, devido aos obstáculos colocados pelas imposições sociais, determinou a sua interiorização. Quanto mais os instintos foram se vendo obrigados a se retraindo, maior foi o desenvolvimento da interiorização humana. Contudo, para Nietzsche (1998), à medida que o mundo interior, subjetivo, foi se desenvolvendo, e que o homem livre e selvagem percebeu

os obstáculos aos seus impulsos, ele se viu forçado a maltratar-se, criando, desta maneira, a culpabilidade, o juízo de reprovabilidade.

Por outro lado, segundo Welzel (2011), o contraste fundamental com o animal, o homem caracteriza-se negativamente por uma grande liberdade de formas inatas e instintivas de conduta e positivamente pela capacidade e pela incumbência de descobrir e realizar por si mesmo a conduta correta por meio de atos inteligentes. Destarte, a culpabilidade, segundo ele, é a falta de autodeterminação conforme um fim – graças a qual a pessoa pode dirigir sua conduta de acordo com a ordem jurídica da existência, a ela confiada – ao realizar uma ação antijurídica.

O fundamento doutrinário era sustentado pela doutrina da ação causal, que separava taxativamente a ação, como um mero processo causal externo, no conteúdo subjetivo da vontade; desse modo, incluiu-se todo o “externo” na antijuridicidade e todo o “interno”⁹⁵ da culpabilidade. Assim, conforme Welzel (2011), a antijuridicidade é sempre a reprovabilidade de um fato referido a um autor, isto é, um sujeito determinado. O injusto é injusto da ação referido ao autor, é injusto pessoal.

Os delitos culposos baseiam-se também na consideração da ação humana como uma obra: a vontade, que, partindo do fim, seleciona os meios da ação, necessários para sua consecução, deve atender na seleção e utilização dos meios às consequências que estes possam produzir, juntamente com o fim ou em seu lugar. Portanto, seguindo o argumento do jurista alemão, uma conduta corresponde ao cuidado objetivo se considera prudentemente os efeitos da ação planejada que sejam cognoscíveis por um juízo inteligente, ou seja, se coincide com a conduta que seguiria um homem inteligente e prudente na situação do autor. O conteúdo do cuidado objetivo no caso concreto é determinado, conseqüentemente, por meio de um critério “intelectual” e um critério “normativo”. Portanto, para o eminente jurista, o conceito de cuidado objetivo compreende, em primeiro lugar, a consideração de todos os efeitos de uma ação que sejam previsíveis por um juízo inteligente (“objetivamente”) (WELZEL, 2011).

Portanto, a ação humana, sob o ponto de vista da análise jurídico dogmática, que consiste no estudo das normas de um ordenamento jurídico em determinado

⁹⁵ O lado interno refere-se ao mundo subjetivo, isto é, a autodeterminação da vontade, a voluntariedade, a intencionalidade, o externo ao positivado, normativo, isto é, heterônomo, a partir de forças externas.

período, referindo-se à Ciência do Direito em sentido estrito, isto é, um estudo dogmático que tem em mira, em princípio, unicamente os textos legais, de um ordenamento, uma vez que toda esta estrutura tem como intuito julgar a ação por suas manifestações espontâneas, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia). (GRECO, 2012).

7 CONCLUSÃO

Este artigo científico foi elaborado com a finalidade de investigar a ação humana sob o ponto de vista jurídico-filosófica, partindo do postulado que o empírico e o metafísico estão intrinsecamente relacionados e marcam a fronteira da ação humana. Com fundamento, principalmente, nas ideias desenvolvidas pelo jus filósofo e penalista Welzel (2011) e pelo filósofo existencialista Nietzsche (1998).

A intenção da pesquisa foi, exatamente, confrontar estes dois renomados pensadores alemães. Uma vez que o primeiro procura enquadrar a ação humana em crime, através dos três elementos que converte a ação em delito, e o segundo procura apenas descrevê-las analisando apenas seus postulados, pois na sua concepção o que possibilita o julgamento da ação é a sedução da linguagem e a criação do sujeito livre como responsável pela ação.

Por conseguinte, esta pesquisa teve, também, seu fundamento na doutrina jurídica, já que a ação humana, sob o ponto de vista da análise jurídico dogmática, consiste no estudo das normas de um ordenamento em determinado período, referindo-se à Ciência do Direito em sentido estrito, que tem em mira, em princípio, unicamente os textos legais, de um determinado ordenamento, uma vez que toda esta estrutura tem como intuito julgar a ação por suas manifestações espontâneas, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia). Corroborados pelos respectivos artigos 13, 14 e 18 do Código Penal Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. Saraiva, 2010.

FIOREZE, Romeu. *Metodologia da pesquisa: como planejar, executar e escrever um trabalho científico* João Pessoa: Universitária, 2002.

GAY, Peter. *Freud: Uma vida para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. v. 1.

_____. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v.3.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 34. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1992.

_____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo, Cortez Editora, 2007.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso moderno de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 3. ed. rev. e ampl. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O CONCEITO DE DIREITO

THE CONCEPT OF LAW

MARKUS SAMUEL LEITE NORAT*

RESUMO

Afinal, o que é direito? Com que intento foi criado? Quais suas condições de existência? Os homens bárbaros, que sequer detinham o conhecimento da escrita, poderiam praticar algum tipo de direito? Ora, existe um velho ditado que diz que ao se por os olhos no passado, pode-se encontrar o futuro. É, a partir desses questionamentos é que exsurge o intento deste trabalho: explanar o desenvolvimento dos principais fatos históricos que culminaram com o surgimento da ciência do direito, para, assim, buscar uma análise sobre a maior inquietude e desorientação entre os juristas; ou seja, analisar o que é o direito e qual o seu conceito.

Palavras chave: História do Direito. Etimologia do Direito. Conceito de Direito. Direito Ágrafo.

ABSTRACT

After all, what is right? With what purpose was it created? What are your living conditions? Men barbarians who did not possess the knowledge of writing, could practice some kind of right? Now, there is an old saying that says: when the eyes of the past, one can find the future. It is from these questions is that it appears the intent of this work: explaining the development of the major historical events that led to the emergence of the science of law, for thus seek a review of the most restlessness and disorientation among jurists, ie analyze what is right and what is their concept.

Keywords: History of Law. Etymology of Law. Concept of Law. Law of Peoples Without Reading.

*Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais; Pós-Graduação em Direito Eletrônico pela Universidade Gama Filho; Pós-Graduação em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor pela UNIASSELVI - Centro Universitário Leonardo da Vinci - ICPG - Instituto Catarinense de Pós Graduação; Pós-Graduação em Direito de Família pela Universidade Gama Filho; Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela ESA-PB - Escola Superior da Advocacia da Paraíba - Faculdade Maurício de Nassau; Pós-Graduação em Direito Ambiental pela UGF - Universidade Gama Filho; Extensão universitária em Direito Digital pela Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo; Extensão universitária em Didática Aplicada pela UGF; Extensão universitária em Novas Tecnologias da Aprendizagem: Novas Plataformas pela UGF; Extensão universitária em Políticas Educacionais pela Universidade Gama Filho; Extensão universitária em Aspectos Filosóficos pela UGF; Advogado; Assessor Jurídico do Ministério Público da Paraíba; Professor, Voluntário e Coordenador do Departamento de Pós-Graduação Jurídica da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba; Membro Coordenador Editorial de Livros Jurídicos da Editora Edijur (São Paulo); Membro-Diretor Geral e Editorial da Revista Científica Jurídica *Cognitio Juris*, ISSN 2236-3009; Membro Coordenador Editorial da Revista *Ciência Jurídica*, ISSN 2318-1354; Membro do Conselho Editorial da Revista *Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, ISSN 2237-1168; Autor de livros e artigos jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

Existe um velho ditado que diz que ao se por os olhos no passado, pode-se encontrar o futuro. Este velho ditado imprime uma verdade. Não é a toa que o homem realiza o estudo histórico sobre todos os acontecimentos inerentes ao processo evolutivo da humanidade. Quando o homem pesquisa a forma como se sucederam os acontecimentos do passado, ele passa a conhecer e entender os motivos que ocasionaram as circunstâncias que encontra no presente, além de permitir a busca por condutas que possam ser adotadas na construção do futuro.

Com o direito não poderia ser diferente. O homem analisa a história do direito para entender as normas jurídicas atuais, afinal, muito do direito coevo advém de costumes criados nas mais arcaicas sociedades.

Indícios apontam que o surgimento dos primeiros ancestrais dos seres humanos, os hominídeos, ocorreu entre 4 e 6 milhões de anos atrás em regiões do continente africano, porém os mais antigos registros de documentos contendo princípios e normas jurídicas – que visam à organização social – somente foram encontrados a cerca de 3000 anos atrás. Isso quer dizer que durante todo o decurso de tempo entre o surgimento dos primeiros hominídeos e a criação do primeiro documento jurídico, não era produzido direito?

Afinal, o que é direito? Com que intento foi criado? Quais suas condições de existência? Os homens bárbaros, que sequer detinham o conhecimento da escrita, poderiam praticar algum tipo de direito?

A partir desses questionamentos é que exsurge o intento deste trabalho: explanar o desenvolvimento dos principais fatos históricos que culminaram com o surgimento da ciência do direito, para, assim, buscar uma análise sobre a maior inquietude e desorientação entre os juristas; ou seja, analisar o que é o direito e qual o seu conceito.

Para abordar esse tema – como não poderia deixar de ser – foi tratado, preliminarmente, sobre história do homem como sujeito criador do direito, a história do direito e o seu desenvolvimento através das civilizações, incluindo-se a inclusão do direito nas civilizações ágrafas, para, assim, tratarmos da etimologia e conceituação do vocábulo direito.

Buscando, sempre, encontrar uma (hipotética) resposta universal para a pergunta “O que é o direito?” e “Qual o conceito de direito?”, e, após passar pelos

brocados de todos os maiores pensadores jurídicos, desde os mais antigos até os atuais, é que encontramos uma solução para este palpitante tema, e o expomos no tópico “conclusão” desta obra.

2 HISTÓRIA DO DIREITO

2.1 HISTÓRIA

Não seria apropriado adentrar na matéria sem que, preliminarmente, fosse apresentado um conceito, mesmo que superficial, sobre o assunto que será tratado neste capítulo.

Um grande pensador contemporâneo, Martin Heidegger, afirma com razão que toda pergunta já envolve, de certa forma, uma intuição do perguntado. Não se pode, com efeito, estudar um assunto sem se ter dele uma noção preliminar, assim como o cientista, para realizar uma pesquisa, avança uma hipótese, conjetura uma solução provável, sujeitando-a a posterior verificação.⁹⁶

De tal modo, este capítulo é iniciado com o seguinte questionamento: “O que é história?”. Aparentemente se está diante de uma pergunta curta, simples e direta. Contudo, ao tentar respondê-la, se percebe a sua real complexidade. Responder a “O que é história?” remete o leitor a outro questionamento: “Qual o objeto da história?”.

O historiador se utiliza de fontes históricas⁹⁷ para investigar os acontecimentos, as atividades, as tendências e o desenvolvimento de determinada época, povo ou lugar, para, a partir disso, entender o presente. Esses acontecimentos, mudanças, atividades são chamados de fatos históricos.

Por esse motivo – e também devido à amplitude intrínseca ao tema – alguns historiadores afirmam que o objeto de estudo da história é o fato histórico. Entretanto, o fato histórico é, na verdade, o resultado do processo evolutivo do ser humano, é uma consequência da atividade realizada pelo homem no transcorrer do

⁹⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.

⁹⁷ Fonte histórica pode ser entendida como sendo tudo aquilo que fornece alguma informação sobre determinado evento histórico; são compreendidos como fontes históricas: vestígios, documentos, sinais, restos, objetos, tradições.

tempo. Portanto, o objeto da história só poderia ser o homem, o ser humano. A partir do estudo do homem é que se parte para o estudo dos seus atos e das suas consequências.

Sabendo-se que o objeto da história é o homem, pode-se buscar uma conceituação mais acertada para o termo história. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, em seu dicionário, conceituam história como um “conjunto de conhecimentos relativos ao passado da humanidade e sua evolução, segundo o lugar, a época, o ponto de vista escolhido”⁹⁸ ou ainda como uma “ciência que estuda eventos passados com referência a um povo, país, período ou indivíduo específico.”⁹⁹

Assim sendo, sem a pretensão de entregar um conceito universal – mesmo porque, qualquer conceituação sempre será incompleta – pode se determinar que a história seja uma ciência que estuda o processo evolutivo do homem.

O surgimento da vida na Terra é um tema que suscita diversas divergências. Dentre as diversas teorias existentes sobre o surgimento da vida na Terra – incluindo-se as teorias religiosas – será tratado aqui sobre os resultados preconizados pelos estudos mais recentes, que apontam a existência de indícios de vida na Terra já há 3,5 bilhões de anos atrás.

Seguindo as ideias publicadas no século XIX, no livro “A origem das espécies”, por Charles Darwin, os seres humanos e os macacos são primatas evoluídos dos mesmos mamíferos, que, por algum motivo, ainda desconhecido, tiveram seu processo evolutivo afastado, dando origem a espécies distintas. Fósseis indicam que o surgimento dos primeiros ancestrais dos seres humanos, os hominídeos¹⁰⁰, ocorreu entre 4 e 6 milhões de anos atrás em regiões do continente africano.

Muitos historiadores costumam adotar a periodização da história em Pré-história e História (a história, por sua vez, é dividida em: Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea). Essa – errônea – periodização foi estabelecida no século XIX, e considera que a história só se inicia a partir do

⁹⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa: com a nova ortografia da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1029.

⁹⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Ibidem*. p. 1029.

¹⁰⁰ “Hominídeo: na classificação dos seres vivos, hominídeo corresponde a uma das famílias da ordem dos primatas. Diz respeito a toda a humanidade e seus antecedentes diretos. De todos os hominídeos, apenas o gênero *Homo* não é extinto; e das espécies, apenas a do *Homo sapiens* moderno sobrevive.” (ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. 8 ed. 3 imp. São Paulo: Ática, 2001. p. 7)

desenvolvimento da escrita, por volta de 4.000 a.C.; sendo assim, todo o período compreendido entre o surgimento do primeiro homínido e o surgimento do primeiro documento escrito seria anterior à história.¹⁰¹

A história é uma ciência que estuda o processo evolutivo do homem. O homem, mesmo no período que não detinha o conhecimento da escrita, produzia inúmeros fatos históricos, portanto, a denominação, Pré-história, para estar correta, deve ser empregada ao período anterior ao surgimento dos seres humanos, e não ao período anterior à escrita.

Já a divisão da História em Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea, sempre passa a ideia que os europeus são a sociedade mais avançada; deste modo, todas as demais sociedades, por serem mais selvagens, devem buscar a equiparação com a moderna sociedade europeia.

Deve ser ressaltado aqui que tal periodização (elaborada por europeus no século XIX) apesar de ser errônea, foi (e de certa maneira continua sendo) muito útil para os interesses da economia europeia, pois conseguia “alienar” as demais sociedades que, para alcançar o “progresso”, se submetiam aos interesses dos europeus. Daí é possível se explicar porque os europeus instituíram essa periodização que enfatiza a sociedade europeia.

Atualmente, alguns historiadores contestam essa divisão. Concebida há mais de cem anos, ela carrega a ideia de que a história se desenvolve por etapas sucessivas, que vão desde o surgimento dos seres humanos até a moderna sociedade industrial. De acordo com essa divisão, a última etapa corresponderia ao estágio em que se encontra a sociedade europeia nos dias de hoje. Todas as demais sociedades que não apresentam as mesmas características estariam em estágios inferiores. (...) O passado de cada sociedade apresenta aspectos específicos que resultaram num presente diferente. Por isso, não há razão para considerar qualquer sociedade inferior ou superior a outra.

Por muito tempo, essa organização da história serviu para justificar a dominação imposta pelos europeus aos povos de outros continentes (África e Ásia, por exemplo). Com o argumento de levar a ‘civilização’ e o ‘progresso’ a esses povos, os europeus escravizavam populações,

¹⁰¹ “No século XIX, considerava-se que a história só poderia ser estudada por meio de documentos escritos. Segundo os estudiosos europeus, somente tais documentos seriam fontes confiáveis para reconstituir o passado da humanidade. Assim, a história de uma determinada sociedade, por exemplo, só teria início a partir do momento em que ela dominasse a escrita. Tudo o que ocorreu antes seria considerado anterior à história ou pré-história.

Muitos historiadores já não pensam mais assim. Para eles, a história pode ser estudada a partir das mais variadas fontes, como imagens, objetos de cerâmica, fósseis, construções etc. Com isso, a divisão entre história e pré-história perderia o sentido e tudo o que os seres humanos e seus ancestrais fizeram passaria a ser considerado história.” (FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001. Volume Único. p. 9).

exploravam suas riquezas, impunham, enfim, os seus próprios hábitos culturais, e os seus próprios costumes.¹⁰²

A história passou a ter uma nova conotação a partir dos nove livros da história (*Clio, Euterpe, Tália, Melpômene, Terpsícore, Erato, Polímnia, Urânia e Calíope*) de Heródoto (inclusive, é importante ser ressaltado que o vocábulo “*história*” emana do título posto por Heródoto em “*As Histórias*”); é por tal motivo que Heródoto é considerado como sendo o “pai da história”. Muitos historiadores afirmam que a história passou a ser considerada como uma ciência que busca o conhecimento – através de visão crítica e investigação – do comportamento dos homens a partir de Heródoto, porém este entendimento não é unânime, pois outra corrente afirma que o instituidor da história científica é o ateniense Tucídides que escreveu a *História da Guerra do Peloponeso*.¹⁰³

Após as explanações abordadas neste tópico, resta uma questão: “Qual o interesse do homem pela história?” Isto é, se a história é a ciência que estuda o processo evolutivo do homem, por que o homem acredita que existe importância em pesquisar detalhes sobre o seu próprio processo de evolução? Qual o interesse do homem pelo passado da humanidade?

Existem, realmente, diversos motivos que levam o homem a buscar o conhecimento sobre o passado da humanidade: 1º. O ser humano tem a curiosidade, que lhe é própria, de conhecer as particularidades de suas origens; 2º. Ao pesquisar a forma como se sucederam os acontecimentos do passado, o homem passa a conhecer e entender os motivos que ocasionaram as circunstâncias que ele encontra no presente; 3º. Buscar no passado condutas a serem adotadas na construção do futuro.

¹⁰² FIGUEIRA, Divalte Garcia. *Ibidem*. p. 9

¹⁰³ “Heródoto, porém, não chegava a ser um racionalista perfeito. Deixava-se, muitas vezes, levar em seus relatos por explicitações míticas e lendárias. Apesar disso, revelou uma atitude crítica em relação às fontes. O ateniense Tucídides (460-400 a.C.) pode ser considerado o fundador da história científica. Escreveu a *História da Guerra do Peloponeso*, em oito livros, dos quais alguns se perderam. Em seu trabalho não havia lugar para mitos, lendas ou deuses. Pelo contrário, como ele mesmo declara, sua intenção era apresentar os acontecimentos históricos de tal maneira que sua obra jamais perdesse o valor. A certa altura, ele escreveu: “Pelo que se refere aos fatos, não me baseei no dizer do primeiro que chegou ou das minhas impressões pessoais; não narrei senão aqueles de que eu próprio fui espectador ou sobre os quais obtive informações precisas e de inteira exatidão” (Citado em: Gatton Dez e A. *Oriente e Grécia*. São Paulo, Mestre Jou, 1964, p. 214.)” (FIGUEIRA, Divalte Garcia. *Ibidem*. p. 52).

Colocando os olhos nos acontecimentos históricos de uma sociedade, é possível encontrar as diretrizes a serem seguidas em determinadas situações atuais, para moldar o futuro desejado.

Por exemplo: a sociedade brasileira estuda a história dos acontecimentos econômicos no país, para impedir que os erros econômicos cometidos no passado – que ocasionaram uma inflação incomensurável – sejam praticados novamente. É o estudo do passado, que ocasiona a prática de condutas no presente, para estabelecer um futuro promissor, harmônico.

2.2 HISTÓRIA DO DIREITO

A sociedade tem como essência fundamental e indeclinável a necessidade da existência do direito, pois, sem o direito, a sociedade sucumbiria ao caos – *ubi societas, ibi jus*¹⁰⁴.

Sabe-se que o direito existe desde o início de convívio social entre os homens. Porém, os mais antigos registros de documentos contendo princípios e normas jurídicas – que visam à organização social – foram encontrados a cerca de 3000 anos atrás no Egito e na Mesopotâmia.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Ubi societas, ibi jus* provém do latim, e quer dizer que onde existe a sociedade, existe o direito. Não há a possibilidade de idealizar uma sociedade organizada sem que se tenha a ideia de direito.

¹⁰⁵ “Os mais antigos documentos escritos de natureza jurídica aparecem nos finais do 4.º ou começos do 5.º milênio, isto é, cerca do ano 3000 antes da nossa era, por um lado no Egito, por outro na Mesopotâmia. Pode seguir-se a evolução do direito nestas duas regiões durante toda a antiguidade. No 2.º milênio, as regiões limítrofes acordam também para a história do direito: o Elam, o país dos Hititas, a Fenícia, Israel, Creta, a Grécia. No primeiro milênio, a Grécia e Roma dominam, até que quase todos estes países sejam reunidos no Império Romano, durante os cinco primeiros séculos da nossa era. Mais a oriente, a Índia e a China conhecem também o nascimento dos seus sistemas jurídicos nesta época. Até há uma centena de anos, não se conhecia, dos direitos da antiguidade, senão o direito romano, o direito grego e o direito hebraico. Desde então, as descobertas arqueológicas e a publicação e tradução de cada vez mais documentos jurídicos permitiram reconstruir o desenvolvimento do direito egípcio e a grande diversidade dos direitos cuneiformes” ([Tanto antes como depois de 1940-1945, a Universidade Livre de Bruxelas foi um dos centros de investigação neste domínio, sob a direção de Jacques Pirenne antes da guerra, actualmente sob a de A. Théodoridès. Aqui se publicaram os *Archives d’Histoire du Droit oriental*, actualmente fundidos com a *Révue internationale des Droits de l’Antiquité*, criada por iniciativa de F. De Visscher, professor da Universidade de Lovaina. Existe na Universidade de Paris II, sob a direcção de J. Gaudernet um «Centre de documentation des droits antiques» que difunde, duas vezes por ano, desde 1959, uma bibliografia corrente dos direitos da antiguidade. Bibliografia: J. GAUDEMET. *Institutions de l’Antiquité*, Paris 1967; J. IMBERT. *Le droit antique et ses prolongements modernes*. 3.ª ed., Paris 1967, coleção «Que sais-je?».] GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003. p. 51.)

Se o homem pratica o direito desde os primórdios de sua existência, subentende-se que o direito coevo é o resultado, a evolução dos preceitos jurídicos praticados ao longo da história da humanidade.

Como seria possível fazer um estudo científico sobre o direito que é praticado pelos homens de hoje, sem que se analise o processo que culminou com a construção desse direito? Se o direito de hoje é o resultado do direito de ontem, a compreensão do direito coevo só será plena com o conhecimento do direito arcaico.

Ao pesquisar a forma como se sucederam os acontecimentos do passado, o homem passa a conhecer e entender os motivos que ocasionaram as circunstâncias que ele encontra no presente; e é esse o escopo da História do Direito: analisar os preceitos jurídicos remotos na busca pelo entendimento das normas atuais.

O Direito e a História vivem em regime de mútua influência, a ponto de Ortolan, com certo exagero, ter afirmado que “todo historiador deveria ser jurista, todo jurista deveria ser historiador”.¹⁰⁶ O certo é que o direito vive impregnado de fatos históricos, que comandam o seu rumo, e a sua compreensão exige, muitas vezes, o conhecimento das condições sociais existentes à época em que foi elaborado. A Escola Histórica do Direito, de formação germânica, criada no início do século XIX, valorizou e deu grande impulso aos estudos históricos do Direito. Para esta Escola, que teve em Gustavo Hugo, Savigny e Puchta seus vultos mais preeminentes, o Direito era um produto da História.¹⁰⁷

Muito do direito coevo advém dos costumes, que são passados entre as gerações. Daí exsurge a importância do conhecimento da História do Direito: o direito – de fato – sofre mutações no decorrer das gerações (consequência da evolução social, suas novas condutas e interesses), mas, além disso, mantém diversos costumes desde épocas longínquas; tanto é assim que, para os gregos, o historiador era assemelhado a um juiz. Embora seja – notadamente – um pensamento exagerado (assim como a afirmação de Ortolan), demonstra a importância que existe em se conhecer a história dos costumes jurídicos.

¹⁰⁶ Apud Jônas Serrano, *Filosofia do Direito*. 3. ed. F. Briguiet & Cia., Rio de Janeiro, 1942, p. 19. (Apud NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 13.)

¹⁰⁷ NADER, Paulo. *Ibidem*. p. 13.

2.2.1 História do Direito Àgrafo

No início deste capítulo foi tratado sobre a errônea periodização da história em pré-história (período anterior à escrita) e história (período posterior à escrita). A história do direito seguiria a mesma linha?

Foi explicado aqui que a temática acertada pela história e pelo direito é o ser humano, a conduta (social) do ser humano e, inclusive, suas consequências. Através de um pensamento lógico, é possível se obter a resposta à questão supramencionada com outro questionamento: É imaginável a existência de uma sociedade sem que nela existam noções de organização jurídica? – A resposta é: Não; é inconcebível a ideia de tal sociedade.

Por esse prisma é que pode ser afirmado que todos os grupos sociais que já existiram, de uma forma ou de outra, mesmo as sociedades ágrafas, produziram algum tipo de direito.

É certo que o direito é produzido pelo homem mesmo antes do desenvolvimento da escrita. Todavia, é praticamente impossível pesquisar o direito de determinada sociedade antiga que não deixou nenhum registro escrito sobre seus costumes jurídicos.

É possível analisar a evolução biológica, artística, social e até bélica de uma sociedade antiga através de fósseis, restos e objetos; mas estudar a organização jurídica de um grupo social somente por esse tipo de vestígios históricos é tarefa impraticável.

Não se pode estudar a história do direito senão a partir da época em relação à qual remontam os mais antigos documentos escritos conservados. Esta época é diferente para cada povo, para cada civilização. Antes do período histórico, cada povo já tinha, no entanto, percorrido uma longa evolução jurídica. Esta “pré-história do direito” escapa quase inteiramente ao nosso conhecimento; pois se os vestígios deixados pelos povos pré-históricos (tais como esqueletos, armas, cerâmica, jóias, fundos de cabanas etc.) permitem ao especialista reconstituir, é certo que de uma maneira muito aproximativa, a evolução militar, social, econômica e artística dos grupos sociais antes da sua entrada na história, estes mesmos vestígios não podem de forma alguma fornecer indicações úteis para o estudo das suas instituições. Ora, no momento em que os povos entram na história, a maior parte das instituições civis existem já, nomeadamente o casamento, o poder paternal e ou maternal sobre os filhos, a propriedade (pelo menos mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos tais como a troca e o empréstimo. Do mesmo modo, no domínio daquilo a que hoje

chamamos direito público, uma organização relativamente desenvolvida dos grupos sociopolíticos existe já em numerosos povos sem escrita.¹⁰⁸

Existe certo preconceito quando se trata dos direitos dos povos ágrafos. Sua história é, por vezes, tratada como se não apresentasse grande importância, como se não tivessem um mínimo de desenvolvimento jurídico que motivasse o estudo sobre o tema. Este é um pensamento demasiadamente equivocado. Há de se levar em conta que existem apontamentos de que algumas civilizações ágrafas possivelmente tiveram maior desenvolvimento jurídico do que outras civilizações que já detinham o domínio da escrita.

Durante muito tempo deu-se o nome de “direitos primitivos” aos sistemas jurídicos dos povos sem escrita. Esta expressão não é de modo algum adequada, pois numerosos povos conheceram uma longa evolução da sua vida social e jurídica sem terem atingido o estado cultural da escrita; tal foi o caso, por exemplo, dos Maias e dos Incas na América. A maior parte dos povos cuja vida social se pode hoje observar ou se pôde observar no decurso do século XIX já não são primitivos. Emprega-se também a expressão “direitos consuetudinários” (*customary law*) para designar estes sistemas jurídicos, porque o costume é neles a principal fonte do direito; mas veremos que o mesmo se passa em certas épocas da evolução dos direitos na Europa, por exemplo dos séculos X a XII da nossa era. A expressão “direitos arcaicos” é mais vasta que “direitos primitivos” porque ela permite cobrir sistemas sociais e jurídicos de níveis muito diferentes na evolução geral do direito. Embora não a afastando de todo, preferimos-lhe a expressão “direitos dos povos sem escrita”, o que acentua o que distingue mais nitidamente este sistema jurídico de outros, ou seja, a ignorância da escrita; mas não se pode perder de vista que o nível da evolução jurídica de certos povos que se servem da escrita pode ser menos desenvolvido do que o de certos povos sem escrita.¹⁰⁹

Embora seja extremamente dificultoso o estudo sobre as instituições jurídicas dos povos ágrafos, sua pesquisa é absolutamente importante aos interesses atuais dos homens, pois é nos costumes jurídicos dos antigos povos ágrafos que se encontram as bases para o ordenamento jurídico atual; além disso, é sabido que, ainda hoje, existem comunidades que não dominam a escrita e que mantêm ordenamentos de condutas semelhantes aos costumes jurídicos encontrados nas civilizações ágrafas mais antigas.

¹⁰⁸ GILISSEN, John. *Op. Cit.* p. 31.

¹⁰⁹ GILISSEN, John. *Ibidem.* p. 32-33.

3 DEFINIÇÃO DE DIREITO

3.1 ETIMOLOGIA DO DIREITO

A palavra direito provém do latim *directus*, *directum*, que significa direto. Tem o intento de transmitir o entendimento de que o direito deve seguir uma conduta indeclinável, um procedimento reto, um comportamento predeterminado, conforme uma norma, uma regra.

A origem e significado da palavra direito, não apenas no idioma português, mas também em distintas línguas célticas, germânicas e latinas (como: *Derecho* em espanhol, *Diritto* em italiano, *Drech* em provençal, *Dreptu* em romeno, *Droit* em francês, *Pravo* em russo, *Rait* em cimbrio, *Raiths* em gótico, *Rect* em irlandês antigo, *Reacht* em irlandês moderno, *Recht* em alemão, *Ret* em escandinavo e *Right* em inglês), derivaram de um primitivo radical indo-europeu, em sobreposição ao latim clássico¹¹⁰. Conforme Claude du Pasquier¹¹¹, em algumas línguas, como o português (direito) e o espanhol (derecho) a palavra emana diretamente de *directus*, *directum*; em outras, como o inglês (right) e o alemão (recht) a palavra emana de *regere*, *rex*, *regnum*. Todas provindas do baixo latim.

Com o passar dos anos o vocábulo evoluiu, sendo, em épocas remotas, grafado como *directo* em 1277, *dereyto* em 1292, *dereijto* em 1331, até chegar, após ultracorreções, a atual grafia.¹¹²

Diferentemente do que prelecionam alguns doutrinadores, o sentido de direito, provindo de *directus*, *directum* não procede da tradição jurídica dos romanos. Na

¹¹⁰ Segundo o Dicionário Jurídico Acquaviva, “a palavra direito penetrou no vocábulo das nações por via latina, originando-se de um primitivo radical indo-europeu (rj) em substituição ao latino clássico *jus*, como vimos. O radical (rj) significa guiar, conduzir, dirigir, e encontra-se nas línguas célticas, germânicas e latinas, nas quais são registradas em expressões (...). Note-se em todas essas palavras o semantema rj, que significa conduzir, guiar” (ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico acquaviva*. São Paulo: Rideel, 2008. p. 296.)

¹¹¹ Claude Du Pasquier. *Introducion à la théorie générale et à la philosophie du droit*. p. 20. *Apud* GRASSI NETO, Roberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 19.

¹¹² Formação histórica da palavra direito, conforme ETIMOLOGIA lat. *directus,a,um* ‘reto, que segue em linha reta, que segue regras ou ordens preestabelecidas, que segue trajetória ou procedimento predeterminado, que conduz segundo um dado preceito ou segundo uma dada forma de ordenação’, do particípio passado do verbo *dirigere*; atribui-se a atual grafia, com -i- na primeira sílaba, a ultracorreção; o adjetivo e a forma substantiva coexistem desde os mais antigos documentos; de mesma origem, a var. divg. *dire(c)to* é forma posterior culta; ver *reg-*; f. hist. 1277 *directo*, 1292 *dereyto*, sXIII *direito*, 1331 *dereijto* (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1050).

realidade, os romanos antigos não utilizavam este vocábulo para tratar de direito. O termo empregado pelos antigos romanos, referindo-se a direito, era *ius*.

Os antigos romanos desconheciam a palavra ou o vocábulo direito, no significado de norma jurídica. *Directus* para eles era um adjetivo que significava ‘aquilo que estava de acordo com a linha reta.’ O vocábulo que traduzia direito para os romanos era *ius*,¹¹³ do verbo latino *iubere*, no significado de ordenar, ligado, também à raiz do verbo *jurare*, jurar.¹¹⁴ *Ius* era o sagrado, o consagrado. Justo, tudo aquilo que estivesse em harmonia com o *ius*. Justiça, ‘a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’.^{115, 116}

Mas, afinal de contas, nos dias coetâneos, qual o significado, o conceito, a compreensão que os homens possuem sobre o vocábulo “direito”?

3.2 CONCEITO DE DIREITO

O direito tem o objetivo de garantir, de manter a harmonia social. O direito estabelece condutas, que devem ser seguidas pelo homem, para impedir que o individualismo, o egoísmo, atrapalhe a coexistência harmônica entre os membros da sociedade.

¹¹³ Cf. GUTIERREZ, Ricardo Panero. *Derecho Romano*, cit. 29. “*Ius segun se afirma, tiene origen indoeuropeu; su etimologia es compleja y, por causas dificiles de precisar, resulta sustituido, em la Edad Media, por el término directum que proviene del lenguaje vulgar y cuyo sentir recoge la mayor parte del lenguaje modernas latinas, germánicas o sajonas*”. Cf. D’ORS, Álvaro. cit. 42. A palavra direito não procede de tradição jurídica romana, “*sino que pertenece del lenguaje vulgar tardio-romana, de inspiración judío-cristiana: reflexa la Idea moralizante de que conducta justa es aquella que sigue el camino recto*”. Apud SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil: ius romanum*. Belo horizonte: Del Rey, 2009. p. 28.

¹¹⁴ Cf. D’ORS, Álvaro. cit. p. 42. Na sua concepção originária, *ius* permite pensar numa relação com *Iovis – Iupiter*, o deus que castiga o perjúrio. *Ius* significa o ato de força realizado formalmente por uma pessoa e que a sociedade, por meio de seus juízes, reconhece como ajustado às conveniências. Contudo, segundo BIONDI, Biondo, *Istituzioni*, cit. p. 33, essa relação de *Ius* com *Iovis* é infundada. (SANTOS, Severino Augusto dos. *Ibidem*. p. 28.)

¹¹⁵ Cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Ius. Drectum (Directum)*. (Coimbra, 1986). p.275. O símbolo é a linguagem acessível do difícil ou até do incompreensível. Por isso, é a linguagem do sagrado, do misterioso. Daí a razão de ser das parábolas, das liturgias, de várias mitologias, para expressar melhor determinados ou indeterminados princípios. O símbolo traduz algo em transparências. A todos fala; mas a cada um, segundo a sua capacidade. No símbolo nada está a mais. Tudo é significativo. O símbolo do direito para os gregos era a deusa Diké, filha de Zeus e de Themis, administrando a justiça, tendo na mão direita uma espada e na esquerda uma balança. Quando os pratos da balança estivessem iguais materializava-se o direito, acontecia a justiça. O símbolo romano, semelhante ao grego, era a deusa *Iustitia*, a encarnar e administrar a justiça, mediante o emprego da balança (de dois pratos com o fiel no meio), que ela segura com as duas mãos, de pé, e de olhos vendados. Haveria direito (*ius*) quando o fiel estivesse totalmente a prumo. (SANTOS, Severino Augusto dos. *Ibidem*. p. 28.)

¹¹⁶ SANTOS, Severino Augusto dos. *Ibidem*. p. 28.

Supondo, hipoteticamente, a existência de um único homem vivendo no planeta; este homem – que vive sozinho no mundo – teria a necessidade de delimitar a sua propriedade? As suas vontades, suas condutas, seus interesses entrariam em choque com alguma outra vontade, conduta ou interesse? – Não! Assim sendo, não existe sentido em regular a conduta de um homem que nunca iria (e nem poderia) praticar um ato em detrimento da vontade de outro.

Enquanto *Robinson Crusoe* vivia sozinho na ilha, não importava o surgimento do fenômeno jurídico (o direito). Que importância teria reconhecer o seu “direito de propriedade” sobre sua cabana, se era o único morador da ilha? Entretanto, com o aparecimento do índio “Sexta-Feira”, houve a necessidade social de se implantarem *regras de conduta*, que viabilizariam a convivência pacífica entre ambos. O direito, enquanto *norma*, portanto, não pode prescindir da *interferência intersubjetiva de indivíduos*^{117, 118}.

O direito tem como essência fundamental e indeclinável a necessidade do convívio entre os homens, em outras palavras: a princípio, o direito só existe onde o homem existe e convive em sociedade. Necessita, portanto, o direito da sociedade (o direito só existe na sociedade), da mesma maneira que a sociedade necessita do direito (sem a existência do direito, a sociedade sucumbiria ao caos).

“O Direito é, por conseguinte, um *fato ou fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social.”¹¹⁹

O Direito, portanto, é uma criação da sociedade para reger, manter e resolver os problemas intrínsecos a ela. Daí insurge o famoso apotegma jurídico *ubi societas, ibi jus*¹²⁰ e também a sua forma inversa *ubi jus, ibi societas*¹²¹.

¹¹⁷ “Imaginemos que se ha despoblado el planeta hasta la extinción del último hombre quedando sobre su superficie, abandonados bajo la luna, los productos de la civilización: esas formas que significarían? La Victoria de Samotracia habría degenerado, por la ausencia del hombre, a la condición de piedra inerte, en nada distinta a cualquier pedernal pulido por las lluvias... Es decir, se habría desvanecido su esencia... Pues esta no consiste, por supuesto, en la materia pétreo sobre que la estatua se encuentra esculpida, sino en el sentido que esta materia adquiere mediante ello para la conciencia humana, sentido que desde luego reside en el objeto, pero que se realiza en la vivencia del sujeto y sobre todo, que existe para el sujeto, y sólo para él” (AYALA, Francisco. *Tratado de sociología*. Buenos Aires: Losada, 1947, v. 2. p. 11 *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume I p. 46-47.)

¹¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Ibidem*. p. 46.

¹¹⁹ REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 2.

¹²⁰ *Ubi societas, ibi jus* provém do latim, e quer dizer que onde existe a sociedade, existe o direito. Não há a possibilidade de idealizar uma sociedade organizada sem que se tenha a ideia de direito.

¹²¹ *Ubi jus, ibi societas*, do latim, significa que onde existe o direito, existe a sociedade. Não há como conceber o direito senão na sociedade.

É certo que a sociedade – qualquer que seja – carece da presença do direito. Porém, o direito não pode ser único, idêntico em todas as sociedades. Cada sociedade teve uma evolução histórica própria, que culminou com uma realidade própria, sendo, portanto, realidades distintas uma das outras, desta maneira o direito deve atuar de acordo com as necessidades de cada grupo social.

Não poderia também, o direito, ficar alheio ao processo de evolução social. A sociedade muda, evolui, e o direito tem que acompanhar o novo pensamento social. Por esse motivo é que se diz que o direito é mutável. A interpretação pelo homem do que vem a ser justiça está – sempre – em constante transformação.

E, em se tratando de justiça, se a interpretação da justiça é mutável, justiça é, portanto, um princípio, e não um valor. A sociedade, para existir em harmonia, carece da existência de direito e da confiança na justiça, que para ser seguida, deve ser acreditada. Daí surge a seguinte tese: Se for exposto à sociedade que, por ser mutável, na verdade, a justiça se trata de um princípio, como consequência, poderia acontecer de a sociedade desacreditar na justiça. A sociedade desacreditando no senso de justiça, possivelmente, entraria em colapso.

Seria o direito um sinônimo de justiça? O direito regulamenta o convívio, a conduta e a consciência social. A justiça é um princípio que é concretizado pelo direito; justiça seria, por conseguinte, a “qualidade do que está em conformidade com o que é direito”¹²², portanto, os significados de direito e justiça não se confundem.

Se o direito busca estabelecer condutas para permitir a harmonia da sociedade, o direito seria sinônimo da moral? A moral é um “conjunto de valores, individuais ou coletivos, considerados universalmente como norteadores das relações sociais e da conduta dos homens”¹²³, porém, de logo se pode evidenciar um bom exemplo que bem responde essa questão: Um devedor alega a prescrição da dívida e, deste modo, não efetua o pagamento da obrigação. O ordenamento jurídico consente este tipo de conduta; já o entendimento moral condena totalmente. O direito busca (ou deveria buscar, em tese) a ética e a moralidade nas condutas que regula, porém, nem sempre as condutas lícitas são fundamentalmente morais.

¹²² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa: com a nova ortografia da língua portuguesa. Op. Cit.* p. 1141.

¹²³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa: com a nova ortografia da língua portuguesa. Ibidem.* p. 1316.

Na vida em sociedade, adstritos estamos igualmente à observância de outras normas de procedimento, que não se confundem com as jurídicas (gratidão, cortesia, urbanidade, educação etc.) Aparece assim a diferenciação entre o direito e a moral, nem sempre fácil de estabelecer-se e que, por isso mesmo, tem sido chamada “o cabo Horn da ciência jurídica”, quer dizer, o escolho perigoso contra o qual muitos sistemas já naufragaram (IHERING).¹²⁴

Direito e moral apresentam grandes semelhanças entre si: Ambos são considerados como norteadores de condutas que visam à harmonia e o bem estar da convivência em sociedade; ambos emanam da consciência social; ambos apresentam um fundamento acalcanhado no corretismo das condutas.

Porém, aprofundando-se na análise comparativa entre direito e moral, encontramos, facilmente, abissais distinções entre os sentidos dos termos.

A moral age na intimidade, na esfera mental, psicológica do indivíduo. Se o comportamento for praticado em desacordo com as regras morais, sua conduta será sancionada apenas internamente, ou seja, no âmbito da consciência (compunção, mágoa, pungimento, desonra, vergonha). A observância às normas morais é voluntária; portanto, não existe uma coercibilidade. O direito age de acordo com as atividades do homem para com o seu semelhante. Se o comportamento for praticado em desacordo com as regras jurídicas, sua conduta sofrerá uma sanção efetiva, ou seja, uma punição. O direito impõe que a conduta seja efetivamente obedecida, assim, no direito existe a coercibilidade.

A moral tem um campo de ação extremamente amplo, a moral “abrange os deveres do homem para com Deus, para consigo mesmo e para com seus semelhantes”¹²⁵, já o direito atua de forma mais restrita, condicionando, somente, a conduta que o homem deve ter nas relações com o seu semelhante.

Quanto ao efeito de uma e de outra, Ferrara acentua que da norma jurídica decorrem relações com um alcance bilateral, ao passo que da regra moral deriva consequência unilateral, isto é: a regra moral é ditada no sentido da realização do bem ou do aperfeiçoamento individual, sem atribuir um poder ou uma faculdade, ao passo que a norma jurídica, quando limita ou obriga, concede ao mesmo tempo e correlatamente a exigibilidade de um procedimento. Quando a moral diz a um que ame a seu próximo, pronuncia-o *unilateralmente*, sem que ninguém possa reclamar aquele amor; quando o direito determina ao devedor que pague, proclama-o *bilateralmente*, assegurando ao credor a faculdade de receber. Por isso mesmo os irmãos

¹²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007. Volume I. p. 2-3.

¹²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Ibidem*. p. 3.

Mazeaud observam que a moral procura fazer que reine mais do que a justiça, a *caridade* que tende ao aperfeiçoamento individual.¹²⁶

A moral poderia, portanto, ser representada pela luta do bem contra o mal e o direito poderia ser representado pela luta do certo contra o errado. Entretanto, não se pode, pois, afirmar que a moral englobaria todo o direito (mesmo sendo extremamente mais abrangente que o direito, a moral não engloba, por completo, o direito. Este é um pensamento utópico que não corresponde a realidade, já que existem preceitos jurídicos que fogem, por completo, dos preceitos morais), como afirma a teoria dos círculos concêntricos de Jeremy Bentham. Também não se pode ser extremista ao ponto de afirmar que o direito não apresenta qualquer relação com a moral, como propõe a teoria dos círculos independentes de Hans Kelsen.

Ao contrário da proposição apresentada pela teoria dos círculos concêntricos, o direito não está totalmente incutido na moral, nem tampouco, está totalmente desentrelaçado à moral. “Aliás, as normas morais tendem a converter-se em normas jurídicas, como sucedeu, exemplificativamente, com o dever do pai de velar pelo filho e com a indenização por acidente de trabalho.”¹²⁷

Deste modo, a conjectura que melhor condiz com a realidade entre o direito e a moral é a teoria dos círculos secantes de Claude du Pasquier¹²⁸, que propõe que o direito tem semelhanças com a moral, mas também apresenta dessemelhanças. Não há como negar que existem normas puramente jurídicas, normas puramente morais e normais jurídico-morais. Não se pode afirmar, portanto, que legalidade e moralidade sejam sinônimos nem antônimos, são complementares.

Mas, finalmente, o que é direito? Norberto Bobbio¹²⁹ analisa o direito sob o ponto de vista normativo, considerando, assim, o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta.

¹²⁶ Ferrara, *Trattato*, I, p. 27; Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, nº 14, p. 23. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004. p. 13.

¹²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. Cit.* p. 4.

¹²⁸ “*Nettement distincts du point de vue notionnel – quant ‘leur forme’ – le droit et la morale entremêlent donc leur matière. C’est pourquoi, sur une grande partie de leurs surfaces, ils coïncident; mais, comme nous l’avons vu, il est une partie considérable de la morale qui reste étrangère ao droit. Nous savons aussi que plusieurs auteurs incluent tout le droit dans la morale, opinion que nous ne partageons pas, car nous estimons que le droit contient des règles techniques qu’intéressent pas à la morale. En somme, nous représentons le droit et la morale non comme deux cercles concentriques (image de Bentham), mais comme deux cercles qui se coupent: la partie commune contient les règles qui cumulent la qualité juridique et le caractère moral.*” (PASQUIER, Claude du. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. p. 316. Apud GRASSI NETO, Roberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 23.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 23.

(...) entendo que o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o direito como um *conjunto de normas*, ou regras de conduta. Começemos então por uma afirmação geral do gênero: *a experiência jurídica é uma experiência normativa*.

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. A maior parte destas regras já se tornaram tão habituais que não nos apercebemos mais de sua presença. Porém, se observarmos um pouco, de fora, o desenvolvimento da vida de um homem através da atividade educadora exercida pelos seus pais, pelos seus professores e assim por diante, nos daremos conta que ele se desenvolve guiado por regras de conduta.¹³⁰

Norberto Bobbio, embora determine, em sua obra, que o elemento característico do direito seja o fenômeno da normatização, reconhece a existência de outras teorias além da normativa, que trazem como elementos caracterizadores da experiência jurídica fatos distintos das regras de conduta, como a teoria do direito como instituição, de Santi Romano¹³¹, que tem, essencialmente, como alvo, a teoria normativa do direito. Nela, o conceito de direito deve – necessariamente – apresentar os seguintes elementos fundamentais:

- a) Antes de tudo, deve-se retornar ao conceito de sociedade, isto em dois sentidos recíprocos que se completam: o que não sai da esfera puramente individual, que não supera a vida de cada um enquanto tal, não é direito (*ubi ius ibi societas*) e, além disso, não há sociedade no sentido correto da palavra, sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*)...
- b) O conceito de direito deve, em segundo lugar, conter a ideia de ordem social: o que serve para excluir cada elemento que conduza ao arbítrio puro ou à força material, isto é, não ordenada... Cada manifestação social, somente pelo fato de ser social, é ordenada pelo menos em relação aos cidadãos...
- c) A ordem social posta pelo direito não é aquela que é dada pela existência, originada de qualquer maneira, de normas que disciplinam as relações sociais: ela não exclui tais normas, ao contrário, serve-se delas e as compreende em sua órbita; contudo, ao mesmo tempo, as ultrapassa e supera. Isto quer dizer que, antes de ser norma, antes de concernir a uma relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, situação da mesma sociedade em que se desenvolve, e a qual constitui como unidade, como ente por si só.¹³²

Para Santi Romano, portanto, os elementos que constituem o conceito de direito são: a sociedade, a ordem, e a organização. Bobbio critica a teoria defendida

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica. Ibidem.* p. 23-24.

¹³¹ L'Ordinamento Giuridico [O Ordenamento Jurídico (1ª ed. 1917, 2ª ed. revista e anotada, 1945)]
Apud BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica. Ibidem.* p. 28.

¹³² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica. Ibidem.* p. 29.

por Romano, que diz que “antes de ser norma”, o direito “é organização”. Para Bobbio, tal afirmação é contestável, pois a organização social emana de regras de condutas que tenham o escopo de atingir um fim comum.

Robert Alexy, em sua obra “*Conceito e Validade do Direito*”, dispõe que quem pretender determinar qual seja o conceito de direito correto ou adequado, deverá relacionar três elementos: “o da *legalidade* conforme o ordenamento, o da *eficácia* social e o da *correção* material.”¹³³

O vocábulo “direito” apresenta muitas acepções semelhantes, daí que se diz que o termo é “plurívoco-análogo”, “plurissignificativo” ou “plurivalente”.

A plurivalência semântica do vocábulo *direito* comporta numerosas manifestações conceituais. Quando o indivíduo sustenta as suas faculdades e repele a agressão aos seus poderes, diz que afirma ou defende o seu *direito*; quando o juiz dirime a controvérsia invocando a norma ditada pelo poder público, diz que aplica o *direito*; quando o professor se refere ao organismo jurídico nacional, denomina-o o *direito* de seu país; quando alguém alude aos princípios que compõem uma província institucional menciona o *direito civil*, ou o *direito penal*, ou o *direito administrativo*; quando o homem de pensamento analisa uma fase de crise da ordem jurídica e critica os mandamentos legislativos em nome do ideal de justiça, fala que eles se afastam do *direito*.¹³⁴

A palavra “direito” tomou diversas acepções, tornando-se “plurívoco-análogo”, “plurissignificativo” ou “plurivalente”, por ser um vocábulo largamente utilizado durante muitos séculos.

Como bem ensina Miguel Reale:

Com a palavra “Direito” acontece o que sempre se dá quando um vocábulo, que se liga intimamente às vicissitudes da experiência humana, passa a ser usado séculos a fio, adquirindo muitas acepções, que devem ser cuidadosamente discriminadas. (...) Atualmente, a palavra possui uma acepção estrita, para indicar a doutrina que se vai firmando através de uma sucessão convergente e coincidente de decisões judiciais ou de resoluções administrativas (jurisprudências judicial e administrativa). Pensamos que tudo deve ser feito para manter-se a acepção clássica dessa palavra, tão densa de significado, que põe em realce uma das virtudes primordiais que deve ter o jurista: a *prudência*, o cauteloso senso de medida das coisas humanas.¹³⁵

¹³³ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 15.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 5.

¹³⁵ REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 61-62.

O homem, no decorrer dos anos, vem utilizando o termo “direito” para sugerir múltiplas ideias; e é por tal motivo que o vocábulo abarca tão densa quantidade de significados.

4 CONCLUSÃO

Já foi dito, no primeiro capítulo desta obra, que toda conceituação sempre será incompleta; é impossível apresentar um conceito universal sobre determinado assunto, principalmente quando tratamos de um termo plurívoco como o direito.

Buscando os brocardos de todos os maiores pensadores jurídicos, desde os mais antigos até os atuais, nunca se encontrou (e, possivelmente, nunca se encontrará) um conceito universal para o vocábulo direito. “No dizer de Santos Justo,¹³⁶ ‘direito é uma realidade cultural muito complexa e, por isso, difícil de definir’. O jurisconsulto Javoleno já advertia: ‘*omnis definitio in iure civile periculosa est*’¹³⁷.”¹³⁸ Para o termo direito, sempre são esboçadas definições incompletas e geralmente limitadas às visões ideológicas da escola de pensamento seguida pelo jurista que a preparou. “Por isso, não vamos encontrar algum jurisprudente romano definindo ‘direito’. Ulpiano define o que é justiça e os preceitos do direito. Gaio cita que todos os povos utilizam seu próprio direito ou, em parte, o direito comum a todos os homens.”¹³⁹

Responder, portanto, a pergunta “O que é o direito?” ou “Qual o conceito de direito?” é, provavelmente, o maior desassossego, a maior insatisfação intelectual entre os juristas; e tal inquietação se dá pelo simples motivo de que, é

¹³⁶ SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito Privado Romano I. Parte Geral*. Studia Iuridica 50/Coimbra, 2000. p. 14; BIONDI, Biondo, *Instituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore, 1956, p. 51s. *Apud* SANTOS, Severino Augusto dos. *Op. Cit.* p. 26.

¹³⁷ D. 50,17,202. “Em direito civil, toda definição é perigosa”. *Apud* SANTOS, Severino Augusto dos. *Ibidem*. p. 26.

¹³⁸ SANTOS, Severino Augusto dos. *Ibidem*. p. 26.

¹³⁹ GAIO 1,1. *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi boninum iure utuntur*; Gaio viveu no século II, quando do Império de Adriano e Anonimo Pio (138 a 161 d.C.). Escreveu as Institutas ou Instituições, que serviram de modelo para outra obra, de igual nome, elaborada por determinação de Justiniano século VI. Cf. SANTOS JUSTO. Antonio dos. *Direito Privado Romano I*. cit. p. 15. Ignora-se se Gaio realmente existiu ou se foi um pseudônimo utilizado por algum jurisconsulto. Sua obra, As Instituições, foi, durante muito tempo, o livro ideal da literatura jurídica, tendo influenciado a sistematização de alguns códigos modernos, constituindo, ainda hoje, um texto indispensável a romanistas e não romanistas. (*in* SANTOS, Severino Augusto dos. *Ibidem*. p. 27.).

absolutamente impossível se apresentar um conceito que fundamente e classifique toda a realidade universal abarcada pelo vocábulo “direito”.

Se tal conjectura fosse factível, dentre todas as acepções do termo direito, teríamos que admitir uma única significação verdadeira para determinar o que seria a essência imutável do direito, e uma única conceituação que compreendesse, de forma categórica, o sentido dessa característica fundamental, eterna, invariável e intrínseca ao direito.

Como bem observa o jurista Carlos Santiago Nino, “sem dúvida, nem os físicos, nem os químicos, nem os historiadores, entre outros, teriam tantas dificuldades para definir o objeto de seu estudo como têm os juristas (...)”¹⁴⁰, e tal impossibilidade não decorre de uma insuficiência intelectual dos juristas, mas sim, como já dissemos, em virtude de uma extraordinária amplidão de significações que o homem, no decorrer dos séculos, deu ao vocábulo.

Hermann Kantorowicz, sobre esse assunto, a qual classifica como sendo “realismo verbal”, assim dispõe:

Muitos sistemas [filosóficos] – o platonismo antigo, o realismo escolástico, o fenomenalismo moderno – basearam-se na crença de que cabe encontrar conceitos com caráter de verdade essencial ou de ‘necessariedade’, por um procedimento de intuição intelectual ou mística, já que são eles os únicos conceitos do que possa constituir a essência imutável das coisas. Se isso fosse assim, se, por exemplo, existisse algo semelhante à ‘essência’ do direito, deveria, então, admitir-se que, entre as muitas acepções do termo ‘direito’, o único significado e a única definição verdadeiros seriam o significado que tal essência indicasse e a definição que encerrasse esse significado.¹⁴¹

Diante de todo o exposto, pode-se reiterar o que já foi dito nesta obra: que não há de se buscar um conceito universal para o vocábulo direito, que, por ser demasiadamente abrangente, deve ser tratado com parcimônia pelos juristas, que devem reservar-se a, no máximo apresentar uma breve ideia, que, por ser tão demasiadamente simples, há de abranger uma grande variedade – mas não todas – de acepções intrínsecas à palavra direito: O direito rege o comportamento do homem na vida social.

¹⁴⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 11.

¹⁴¹ KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del derecho*, p. 33-34. *Apud* NINO, Carlos Santiago. *Ibidem*. p. 12.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico acquaviva*. São Paulo: Rideel, 2008.
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. 8. ed. 3 imp. São Paulo: Ática, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011.
- CASTRO, Flávia Lages de Castro. *História do direito geral e do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume 1.
- _____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume 2.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.
- FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001. Volume Único.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume I.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003.
- GRASSI NETO, Roberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

_____. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa: com a nova ortografia do língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007. Volume I.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13. ed. rev., ampl. e atual. por Artur Rocha. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao direito civil: ius romanum*. Belo horizonte: Del Rey, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Volume 1.

_____, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. 6. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 6. ed., São Paulo: Scipione, 1996.

Endereço:

Av. Flávio Ribeiro Coutinho, 805, 3º
Piso; Manaíra Shopping;
Bairro: Manaíra;
Cidade: João Pessoa – PB
CEP: 58037-000

Fone: (0xx83) 2106 6175