Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes

Ano 19, n. 19, 2014

Universidade Candido Mendes

Reitor: Candido Mendes

Vice-Reitor: Luiz Fernando Mendes de Almeida

Faculdade de Direito Candido Mendes - Centro

Fundador: Candido Mendes de Almeida Jr.

Diretor: José Baptista de Oliveira Jr. Decano: João Baptista da Costa

Conselho Editorial

Antônio Carlos Cavalcante Maia (UCAM), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (UCAM), Heitor Costa Junior (UCAM), José Ribas Vieira (UFF), Mário Curtis Giordani (UCAM), Miguel Lanzellotti Baldez (IBMEC/RJ), Paulo Condorcet Barbosa Ferreira (UFRJ), Raphael Cirigliano Filho (UCAM) e Sylvio Capanema de Souza (UCAM).

Editor

Farlei Martins Riccio de Oliveira

Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (CO-MUT) e indexada em RVBI – Senado Federal. Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas (CCN) do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT). A revista é distribuída por meio de permuta, doação e venda.

Copyright

As opiniões emitidas são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

Produção Gráfica

Gramma Livraria e Editora

Rua da Quitanda, 67, sala 301 – Centro. CEP: 20.011-030. Rio de Janeiro (RJ). Tel./Fax: (21) 2224-1469. E-mail: contato@grammanet.com.br. Site: www.gramma-net.com.br

Diagramação: Haroldo Paulino Santos

Revisão: Clarisse Cintra

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES

Rua da Assembleia, 10, sala 416 – Centro. CEP: 20011-000. Rio de Janeiro (RJ).

Tel.: (21) 2531-2000. Site: http://www.ucam.edu.br/pesquisa/revistafdcm.asp

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes : nova série. -- v.1 (dez.1996)- . -- Rio de Janeiro : UCAM, FDCM, 1996 - Anual

ISSN 1676-1308

1. Direito – Periódicos I. Faculdade de Direito Candido Mendes

CDD 340.05 CDU 34(05)

CORPO DOCENTE

Enfrentamento às drogas: efetividade de uma política retórica	
Aderlan Crespo, Bruna de Souza Pimentel, Tatiana Lourenço Emmerich de	
Souza e Carolina de Castro Miranda	. 1
O homem do conhecimento: aquele que dista dois	
graus da vida - por um regresso à arte	
Flavia Bruno	11
I wow Di wio	11
As Unidades de Polícia Pacificadora e o Complexo do Alemão	
Roberta Duboc Pedrinha	27
	_,
Corpo Discente e Colaboradores Externos	
Acordos de convivência em marcas no Brasil: um breve estudo de caso	
Alessandra Almada de Hollanda, Claudio Felipe Alexandre Magioli Nuñez,	
Marcio Fernando Bouças Laranjeira, Pedro Bastos de Souza,	
Rafael Bittencourt Carvalhaes, Rafael Meirelles Saldanha,	
Renata Rogar e Ricardo Luiz Sichel	53
A judicialização e a juridicização da política e	
das relações sociais no contexto brasileiro	
•	72
Andréa Geraldes Cabral Walter	10

Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da administração pública	
Cristiana Muraro Társia, Thales Tebet da Cruz e Priscilla de Souza Pestana	85
A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica -	0)
pressuposto inarredável para a atuação dos órgãos públicos e imprescindível para o desenvolvimento sustentado do País	
Fabio Schwartz	105
Constitucionalidade da ADPF 186 sob a luz do olhar kelseniano e rea Glebson Weslley Bezerra da Silva, Joanne Suzanil de Lima Alves	
e Raissa Braga Campelo	127
Turbocapitalismo: a imobilização da vontade pelo imperialismo do mercado	
Jean Eduardo Aguiar Caristina	143
A teoria dos jogos cooperativos aplicada à exploração da infraestrutura portuária nacional	
Jonas Soares dos Santos Filho	165
O caso das rinhas de galo na Paraíba: o direito animal merece atenção)
Marco Lunardi Escobar e José Otávio Aguiar	183
A aplicabilidade de um modelo licitatório simplificado nas sociedades economia mista: o exemplo da Petrobras	de
Jullyana Costa Pereira dos Anjos	201
A obrigatoriedade do voto em face do sistema democrático Leonardo Oliveira Silveira Santos	215
Aspectos da livre iniciativa, do poder econômico e da concorrência Marcelo de Souza Barbosa	235
A trajetória da família ao longo da história: da exclusão para a inclusão e o eudemonismo	
Rafael da Silva Santiago	255

Constitucionalidade da Lei Seca	
Roberta Almeida de Sousa	275
Crimes informáticos e cooperação penal internacional	
Thiago Guilherme Nolasco	289
A demarcação de terras indígenas sob a ótica do Sistema	
Interamericano de Direitos Humanos	
Ursula Spisso Monteiro	309
A judicialização da terceirização das atividades laborais	
e o ativismo judicial no Brasil contemporâneo	
Vagner Gomes Alves	323
Resumos e Abstracts	333
Normas para o recebimento e publicação dos trabalhos	349
Normas para as referências bibliográficas	351



Enfrentamento às drogas: efetividade de uma política retórica

Aderlan Crespo,¹ Bruna de Souza Pimentel, Tatiana Lourenço Emmerich de Souza e Carolina de Castro Miranda²

1. Introdução

O núcleo de iniciação científica da Universidade Candido Mendes iniciou suas atividades em 2010, no Campus Centro, tendo realizado quatro pesquisas científicas por meio de grupos formados por alunos do curso de direito. Em 2013, o projeto versou sobre os resultados da política de drogas na cidade do Rio de Janeiro, especificamente a aplicação da atual lei de drogas (Lei nº 1.1343/06).

No Brasil, está ocorrendo, há alguns anos, uma maior discussão sobre a questão das drogas, seja pela descriminalização do consumo, seja pela ampliação da resposta penal, principalmente por meio das denominadas Unidades de Polícia Pacificadora. Assim, é fundamental a análise dos resultados das ações do Estado, a fim de melhor compreensão da conjuntura.

O objetivo do projeto de pesquisa era identificar os resultados obtidos pela aplicação da lei. Considerando que se há uma lei, faz-se necessário analisar por amostragem como ela está de fato sendo aplicada. Diante da visível expectativa popular – massificada pelas mídias – de se reverter o "drama social brasileiro" nas grandes cidades, em decorrência do tráfico urbano, no qual o armamento e os conflitos geram medo e insegurança.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 1-10 - UCAM (Rio de Janeiro)

As notícias divulgadas pelos meios de comunicação de massa informam sobre ações policiais pontuais em locais urbanos considerados "perigosos". Devido à presença de "traficantes armados" – nas favelas – e algumas raras ações de cunho internacional, o que contribui para formar um senso comum sobre o tema "drogas", ou seja, de que semanalmente policiais fazem incursões em favelas e, eventualmente, existem ações mais amplas realizadas por agentes federais, que inclui os rodoviários, mas esses raramente são divulgados.

Neste sentido, basicamente, somos expectadores de notícias massificantes da ideia de que o problema está nas favelas. Sendo seus jovens os protagonistas da desestabilidade social, consequência da "violência" praticada por meio do tráfico.

A pesquisa, realizada em delegacias e varas criminais da cidade do Rio de Janeiro, orientou-se pelas seguintes indagações provocativas à pesquisa: a) de que forma se aplica a lei ao usuário? b) de que forma se aplica a lei ao vendedor "traficante"? c) existe disparidade sobre a aplicação da lei, entre a atuação policial e a judiciária?

Cada aluna pesquisadora dedicou-se a encontrar, ao menos, vinte casos nos quais pudessem extrair as informações necessárias ao resultado pretendido, por meio de um questionário fechado. Também foi analisada a situação de política criminal em outros países (ocidentais) como forma de comparar as práticas oficiais no Brasil e de outros sistemas de "controle" sobre as drogas (venda e consumo).

Desta forma, com a pesquisa realizada, foi possível selecionar informações que compuseram um quadro sugestivo da efetividade policial e judicial no campo prático, para além das propostas legais e dos discursos proferidos sobre o tema.

2. Principais aspectos da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) 2.1. Histórico e conceito

O tema "drogas" deve ser encarado como algo tão antigo quanto a própria formação social, seja organizada em meios urbanos ou não. Nos hábitos palacianos ou mesmo em grupos tribais naturais, conforme registros antropológicos recorrentes, várias foram as formas de se utilizar elementos alucinógenos, principalmente nas culturas que praticavam métodos de meditação ou de reuniões, como ocorre em inúmeros grupos indígenas.

Segundo Pratta e Santos,³ "as drogas foram utilizadas ao longo do tempo, por grupos variados com fins religiosos, culturais, medicinais, prazerosos, mís-

ticos psicológicos e climatológicos". Estas substâncias eram empregadas no trabalho e em lutas travadas para se obter vitórias.

A própria cocaína teve seu início com o uso cultural da planta pelos povos andinos, que mascavam a folha de coca como forma de melhorar a qualidade de trabalho e de vida. Mas esta característica foi alterada, após a invasão espanhola, pela intervenção científica que isolou a substância chamada "cocaína" no final do século XIX por um químico alemão⁴.

Os termos são variados e foram alterados ao longo da história, mas efetivamente os termos "tóxicos" e "drogas" representam a referência das substâncias cujos componentes provocam sensação diferente do normal, mais precisamente como previsto pela Organização Mundial da Saúde, isto é, uma entidade que altera a função biológica do ser humano⁵:

"Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), droga é toda a substância que introduzida no organismo vivo modifica uma ou mais das suas funções. Esta definição engloba substâncias ditas lícitas — bebidas alcoólicas, tabaco e certos medicamentos — e, igualmente, as substâncias ilícitas tais como a cocaína, LSD, ecstasy, opiáceos, entre outras."

O termo psicotrópico corresponde à união de duas terminologias que se complementam coerentemente: *psico* (psiquismo/consciência e inconsciência) e *trópico* (direção), ou seja, caminho das ideias, das decisões, da consciência etc. O termo drogas significou no passado "folha seca", caracterizado como fonte de utilização médica mais comum, tanto preventiva como remediante.

Entretanto, foi na modernidade, com extremo avanço acelerado após a metade do século XX que se protagonizou o cenário criminalizante sobre o uso e o comércio de drogas, sem, de fato, haver uma discussão sobre esta política repressiva, pois seria importante identificar as condições de vida do usuário e os verdadeiros objetivos e resultados desta política. Tratar como crime e ao mesmo tempo como doença é algo que requer uma dedicação profissional mais humanista do que politiqueira, haja vista o envolvimento efetivo de pessoas de diversas camadas sociais, interagindo sobre uma dinâmica tanto de interesse cultural como individual.

O uso costumeiro – milenar – destas substâncias revela um interesse visível pelos resultados que elas provocam, e que, apesar dos danos resultantes, devese analisar tais desejos pelo prisma da motivação dentro da conjuntura de vida (seja pra fins recreativos seja por dependência), a fim de que não se torne uma contenção infrutífera, pois apesar da "ilegalidade" o desejo pode sublimar as instituições que operam o ordenamento jurídico proibitivo. Esta análise é indicada também por Pratta e Santos⁶:

Sendo assim, inicialmente, a droga é buscada, muitas vezes, como uma fonte de prazer e de satisfação momentânea ou como uma forma de esquecer as dificuldades da vida (CURSINO, 1999; SILVEIRA FILHO, 1995). Entretanto, com o tempo, muitas pessoas continuam a consumi-la com a finalidade de evitar os efeitos desagradáveis provocados pela ausência do uso da droga (DRUM-MOND & DRUMMOND FILHO, 1998). Contudo, é importante pontuar que a maioria dos usuários de drogas não se torna dependente (CURSINO, 1999; SILVEIRA FILHO, 1995), uma vez que "há bases predisponentes individuais, familiares e sociais que condicionam a possibilidade de uma adição" (KALINA et al., 1999, p. 175), as quais necessitam ser compreendidas. Assim, muitos acabam ficando na experimentação ou no uso ocasional, ou seja, utilizam álcool ou outro tipo de substância em festas, praias, nos finais de semana ou em ocasiões de produção artística, permanecendo neste tipo de padrão de consumo por um tempo indeterminado (TOSCANO JR., 2001a). [...] Um estudo realizado pela Fundação Oswaldo Cruz (Brasil), Universidade do País Basco (Espanha) e Universidade de Los Andes (Colômbia) avaliou tanto adolescentes que usam drogas quanto adolescentes que não usam. Os dados obtidos neste estudo revelaram que a tendência ao vício está intimamente relacionada ao papel da família, ou seja, a qualidade da vida familiar é que estabelece o comportamento do jovem frente às substâncias psicoativas. Segundo este estudo, os adolescentes que não usam drogas possuem lares onde estão presentes aspectos que dão ao adolescente segurança (como, por exemplo, o diálogo, afeto e o aconchego). Já os lares dos drogaditos são marcados pela falta de apoio mútuo, de espaço para expressão de sentimentos, além de existirem menos interesses em comum (DIEGUEZ, 2000).

2.2. A legislação brasileira

No Brasil, a lei atualmente em vigência é a Lei nº 11.343/06, vinda, especialmente, para atender novos parâmetros sociais que ensaiavam pautar novas medidas sobre as questões do "tráfico" e do "consumo". Anteriormente à lei vigente, a Lei nº 6.368/76 tipificava as duas condutas mais conhecidas por meio da popularidade dos artigos 12 e 16, isto é: tráfico e consumo.

A nova lei está estruturada da seguinte forma: a) a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), e seus princípios; b) po-

líticas de prevenção; e c) a repressão ao tráfico, incluindo os procedimentos judiciais e a cooperação internacional.

A criação do Sisnad, como inovação da ação governamental, tem seus objetivos concentrados na implementação de medidas preventivas e repressivas. Contudo, segundo princípios basilares de uma ação integrada e responsável, na medida em que, tanto o governo como setores sociais, como partes da sociedade em geral sejam partes e se comprometam com esta realidade (comércio e consumo).

Sobre a prevenção fica clara a perspectiva protetiva dos usuários, considerados vítimas desta realidade histórica, necessitando, pois, de ações redutivas de danos, como descrito no artigo 18: "Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção." Já no artigo 20: "Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas."

Quanto ao comércio, a nova lei empreendeu um direcionamento legal altamente repressivo, claramente percebido pelos conteúdos normativos, conforme se vê:

"Art. 4º São princípios do Sisnad:

VII – a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

III – promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios."

Neste passo, resta evidente que o governo brasileiro, e não propriamente a sociedade, optou por duas linhas de ações de enfrentamento: uma protetiva e outra claramente repressiva. Nota-se que, ao mesmo tempo, manteve dois perfis distintos de alvos: um beneficiário de uma política de prevenção e outro marginal. Ambas ações de combate (chamada historicamente, pelas forças políticas norte-americanas de "guerra às drogas"). Estas são as linhas que marcam a política brasileira, apesar das manifestações sociais existentes sobre a questão da descriminalização.

3. Resultados da pesquisa

Hoje em dia, o cenário brasileiro se resume à Lei nº 11.343/06, uma norma que possui ideais pautados em um sistema diferenciado para o consumidor de substâncias entorpecentes, o que se diferencia da questão do traficante. Se formos comparar com a revogada Lei nº 6.368/76, a atual apresenta uma situação mais gravosa para o mesmo. Porém, na prática, percebe-se um grande problema relacionado à questão da quantidade de droga a ser considerada necessária para a tipificação da conduta de "tráfico".

Esse fato nos remete a uma ineficiência da norma, que deixa nas mãos do magistrado a tipificação, levando em conta o lugar em que foi apreendida a substância e o nível econômico e social do indivíduo que foi preso. Essas questões se revelam totalmente discrepantes e criam a possibilidade de discricionariedade da atuação do juiz na causa, ferindo o princípio da imparcialidade. Assim gera-se ao réu uma certa "insegurança jurídica".

O objetivo da pesquisa era identificar os elementos caracterizadores da atuação do órgão policial e do órgão julgador, na medida em que a lei é imperativa e encontra-se em vigência. Desta forma, a pesquisa mostrou-se necessária, a fim de revelar a forma pela qual se interpretam os fatos tipicamente recorrentes, no sistema de justiça criminal da cidade do Rio de Janeiro envolvendo as drogas. Não é possível, também, esquecer a dificuldade encontrada pelas alunas pesquisadoras, em determinados locais visitados.

O projeto de pesquisa, como anteriormente citado, foi realizado na cidade do Rio de Janeiro e teve como objetivo identificar a aplicação da Lei nº 11.343/06 pelos órgãos oficiais de controle criminal (Delegacia de Polícia e Varas Criminais), bem como uma análise sobre as políticas internacionais (alguns países), a título de comparação das "realidades". As delegacias policiais objeto do trabalho de campo foram: 10ª DP, 12ª DP, 23ª DP, 25ª DP e 28ª DP. Quanto às varas criminais, os dados foram coletados nas seguintes: 16ª DP, 17ª DP e 43ª DP, além do Juizado da Infância e Juventude, Câmaras Criminais e Defensoria Pública.

A seguir, os seguintes dados compilados sobre o levantamento realizado por meio da pesquisa. Assim sendo, dos casos pesquisados (aproximadamente 50):

- 1. 100% foram tipificados como tráfico (art. 33 da Lei nº 1.1343/06);
- 2. 95% referiam-se a maconha e cocaína;
- 3. 80% dos casos as drogas apreendidas não ultrapassaram 100g;
- 4. 20% das drogas apreendidas giravam em torno de 500g a 160kg (apreensões ocorridas no aeroporto internacional da cidade);

- 5. 90% do réus eram de não brancos;
- 6. 97% dos réus são homens:
- 7. 90% dos réus não possuem histórico de trabalho formal;
- 8. 95% foram condenados a pena de prisão em regime fechado (apenas um teve a concessão da pena alternativa e as penas não ultrapassam 5 anos, considerando as reduções de pena reconhecidas pelos juízes).

4. Conclusão

Os resultados obtidos na pesquisa vão de encontro com o explicitado e defendido pela Profª Luciana Boiateux. Ela afirma que o modelo proibicionista de controle falhou. A meta que foi definida em 1988 era a de um mundo livre de drogas e acreditava-se que seria possível proteger a saúde pública e minimizar o consumo e o lucro desse mercado via modelo proibicionista. Reprimindo criminalmente usuários e traficantes. O que se vê, porém, é que em nenhum aspecto esse modelo teve o sucesso esperado.

No Brasil e em outros países em desenvolvimento, a realidade é pior: em vez de minimizar danos, essa formulação acarretou consequências nefastas. Baixa qualidade das drogas em circulação, situação de vulnerabilidade dos usuários, superlotação de prisões com indivíduos que não necessariamente são traficantes. Ela não defende a ausência de controle, mas uma mudança na natureza do controle.

A estigmatização decorrente do modelo proibicionista traz danos graves até para a saúde, porque dificulta a intervenção social do Estado e o peso do crime sobre as drogas ilícitas é muito ruim. Desta forma, deve haver uma mudança na natureza do controle. A intervenção deve ser social e não policial. A autora traz um apontamento único, da questão de trabalhar com a redução de danos, e não necessariamente a abstinência, o que segundo ela é o novo paradigma.

Sobre a questão da análise comparativa a outros países, existe um progresso sobre as questões das drogas em escala mundial, pois nota-se que a legalização ou a descriminalização está crescente e possui um arcabouço de medidas de regulamentação fortes de políticas de danos em torno da saúde, como por exemplo:

a) Uruguai: pioneiro país da América Latina, foi em 2013 uma surpresa para a mudança da concepção das políticas de drogas, principalmente na América do Sul, já que não ocorreu a proibição, mas sim a legalização da venda e consumo da maconha no Uruguai, tanto para uso recreativo como para fins medicinais.

b) Holanda: este país é um dos mais comentados e mais mistificados sobre a questão das drogas no mundo. A Holanda é hoje, considerada por muitos que não a conhecem, a "Disneylândia" das drogas, mas não é isso o que ocorre por lá. O país nunca legalizou a maconha, sendo este um grande mito da política pública de drogas holandesa.

Ocorre que o governo fez diferente com a questão das drogas e do alto consumo que rodeava o Estado, assim surgiram os famosos "Coffee Shops", que se localizam principalmente nas grandes concentrações metropolitanas: Amsterdam e Roterdã, rodeados de regras para seu funcionamento.

c) EUA: pode-se perceber nos EUA, uma das maiores economias e potências mundiais, uma adaptação a nova política. Já é um exemplo de experiências para o Brasil, caso este venha a adotar alguma medida semelhante. Hoje, os Estados Unidos tentam contornar o aumento da população carcerária com o novo olhar sobre as drogas face ao combate do tráfico internacional e o consumo. A mudança da política criminal pode ter como base a redução da pena se não houver relação com as associações criminosas.

O Estado Norte-americano do Colorado é foco neste ano de 2014, já que começou a produzir e vender a *Cannabis* após as votações, sendo um dos pioneiros. A seguir, o quadro da votação em algumas federações:

Legalização da maconha		
Colorado	Sim: 55%	
Os eleitores responderam se eram a favor ou não da legalização do uso recreativo da maconha e plantação somente para consumo	Não: 45% (76% dos votos apurados)	
Washington	Sim: 52%	
Os eleitores responderam se eram a favor ou não da legalização do uso recreativo da maconha e plantação somente para consumo	Não: 48%	
Oregon	Sim: 45%	
Os eleitores responderam se eram a favor ou não da legalização do uso recreativo da maconha e plantação somente para consumo	Não: 55% (76% dos votos apurados)	
Massachussets	Sim: 55%	
Os eleitores responderam se eram a favor ou não da legalização do uso da maconha para fins medicinais	Não: 45% (76% dos votos apurados)	

Todavia não será um caminho fácil a ser percorrido pelo Brasil, já que estas mudanças implicam também aspectos culturais, políticos e econômicos, a fim de que sejam implementadas novas medidas de comércio legal e de conscientização, com foco na questão da saúde. O que resta claro, em termo de Brasil, principalmente nas grandes cidades, como o Rio de Janeiro, que concentra um grande número de habitantes, é que a criminalização baseada na lógica da "guerra" não produz qualquer efeito positivo inibitório ou minimizador das práticas de consumo e comércio. Além do que é preciso destacar os ganhos ilícitos daqueles que participam indiretamente da ação comercial, com práticas de abastecimento de armas e facilitação do deslocamento das drogas.

O grande discurso é o da guerra a fim de garantir a ordem, a saúde pública e a autoridade do Estado, em nome do bem comum. Todavia, tais elementos de discursos e de programas não passam de jogos de retórica, para uma plateia inconsistente de crítica e consciência do contexto político-econômico. O Brasil, nestas tantas décadas de enfrentamento brutal que provoca mortes de jovens, de policiais e de "inocentes", amarga uma herança produto de uma ideologia que conspira a favor dos interesses do povo. São mitos travestidos de verdade, que sustentam toda uma máquina ineficiente.

4. Notas

- ¹ Professor do curso de Direito da Universidade Candido Mendes e coordenador da pesquisa.
- ² Alunas e pesquisadoras da UCAM Centro.
- ³ PRATTA, Elisângela Maria Machado; SANTOS, Manoel Antonio dos. Reflexões sobre as relações entre drogadição, adolescência e família: um estudo bibliográfico. In: Estudos de Psicologia 2006. *Apud*: RIBEIRO, M.; VARGAS, E.; ALVES, M.; GUIMARÃES, L.; MOREIRA, G. O consumo de substâncias psicoativas em Juiz de Fora-MG. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 48, n. 9, p. 405-413, 1999. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/epsic/v11n3/09.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2014.
- ⁴ Cocaína uma breve história. Drug Free Worl Organizacion. Disponível em:

- http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/cocaine/a-short-history.html. Acesso em: 29 abr. 2014.
- ⁵ Associação Humanidades. Disponível em: <file:///C:/Users/Coordena%C3% A7%C3%A3o/Downloads/file13.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2014.
- ⁶ PRATTA, Elisângela Maria Machado; SANTOS, Manoel Antonio dos. Reflexões sobre as relações entre drogadição, adolescência e família: um estudo bibliográfico. In: Estudos de Psicologia 2006. *Apud*: RIBEIRO, M.; VARGAS, E.; ALVES, M.; GUIMARÁES, L.; MOREIRA, G. O consumo de substâncias psicoativas em Juiz de Fora-MG. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 48, n. 9, p. 405-413, 1999. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/epsic/v11n3/09. pdf>. Acesso em: 29 abr. 2014.

O HOMEM DO CONHECIMENTO: AQUELE QUE DISTA DOIS GRAUS DA VIDA – POR UM REGRESSO À ARTE

Flavia Bruno¹

A história da filosofia nasce com um otimismo: a possibilidade do homem em conhecer. É o primeiro enunciado da Metafísica: "Todos os homens, por natureza, tendem ao saber".² Platão e Aristóteles esforçaram-se para construir o caminho para as ciências, o que determinou o próprio caráter do filósofo, em oposição ao *filodoxo*, ao amigo da opinião. A filosofia nasce fazendo o apelo das distinções. Os legítimos pretendentes se propõem a nos ensinar como chegar ao discurso científico.

Ao longo de toda a história do pensamento ocidental o homem reafirmou sua crença no conhecimento e nas verdades que produziu. Orgulhoso de suas conquistas intelectuais, o homem busca a *episteme* como um bem precioso e acredita na sua plena posse e realização.

A razão, para Platão, é o grande instrumento da ciência, pois tem como objeto a essência, isto é, o que permanece, o que, portanto, pode ser verdadeiro. Ao distinguir o mundo da *doxa* e o mundo da *episteme*, o filósofo grego nos ensina que a opinião apreende apenas o mundo que devém, o mundo da sensação, que a todo instante nasce e perece, não permanecendo o que é: "tudo o que é sensível e pode ser apreendido pela opinião com a ajuda da sensação,

está sujeito ao devir e ao nascimento",³ enquanto o olhar epistemológico é o olhar para o que se conserva sempre igual a si mesmo, portanto, que busca a forma ou o modelo, condição de possibilidade de todo discurso verdadeiro. E, a partir da confiança depositada na razão, o homem sabe ter a capacidade de realizar esta apreensão, pois o entendimento apreende o que é sempre igual a si mesmo, o que não está sujeito ao devir.⁴

Em Platão, o conhecimento é somente possível na medida em que, para além do mundo sensível e da diversidade própria desse mundo, existe um mundo inteligível a salvo das diferenças e multiplicidades, isto é, por meio de sua Teoria das Ideias, Platão torna realizável o encontro com as essências, com a permanência, com a estabilidade, os quais são princípios fundamentais para a produção do conhecimento.

Aristóteles parte do mesmo problema de Platão ao fazer o seguinte questionamento: "Se, com efeito, não existe nada além das coisas individuais e, se as coisas individuais são infinitas, como é possível adquirir ciência dessa multiplicidade infinita?". Ou seja, se no mundo tudo o que a sensibilidade oferece são indivíduos e estes existem em número infinito, seria possível constituir a ciência, uma vez que a ciência só se constitui pelo universal que abarca a multiplicidade dos indivíduos? Ou como ele pergunta em outro momento: "como será possível o conhecer, se não existe algo que, sendo um, englobe todas as coisas particulares?". O próprio completa a sentença: "De fato, nós só conhecemos todas as coisas na medida em que existe algo uno, idêntico e universal".

Em Platão, a solução foi pensar um outro mundo livre das mudanças e da diferença própria dos seres individuais, mas em Aristóteles a teoria dos dois mundos não se sustenta. A ideia de que as formas puras estão separadas dos entes sensíveis e habitam, imaculadas, a eternidade, não encontra lugar na filosofia aristotélica. De qualquer forma, o princípio é o mesmo, qual seja, para além do sensível é necessário encontrar o inteligível ou a ciência não será possível, posto que esta não se compõe com a corrupção e com o movimento que é próprio das coisas sensíveis. "A ciência é sempre do universal". 8

A saída de Aristóteles será a conciliação do múltiplo e do um, da mudança e da permanência, do universal e do particular. A forma, que em Platão era distante da matéria, doravante constituirá com a matéria um *sínolo*, o composto de matéria e forma em que há, de modo óbvio, o claro predomínio da forma. Isto faz com que haja uma coincidência entre a coisa individual e a essência, compondo uma mesma realidade. O distanciamento que Aristóteles estabelece em relação à Teoria das Ideias de Platão se evidencia na identidade que o primeiro estabelece entre a coisa individual e a essência. Identidade esta necessária em razão da própria possibilidade da ciência das realidades individuais. Reale nos esclarece que se a coisa e a essência não coincidem, conhecer a

essência não seria conhecer a coisa, não seria conhecer a realidade individual.¹¹ Logo, em Aristóteles as substâncias sensíveis são realidades por si e se identificam com a sua essência.

Se Platão separa o universal do particular, tornando o universal uma realidade em si, uma ideia, uma forma, Aristóteles une a essência ao indivíduo, de modo que ao encontrar com o indivíduo possa se encontrar com a sua essência. Se a coisa e a essência coincidem, a definição da essência coincide com a definição da coisa. Esta identificação torna possível o encontro com a *episteme* nesse mundo, torna possível a produção dos conceitos e da verdade não pela rememoração, mas sim pela demonstração racional.

De acordo com Aristóteles tudo o que é gerado é composto de matéria e forma¹², mas o que é gerado conserva a mesma forma do gerador, o que faz com que a diferença que exista entre os indivíduos provenha da matéria e a identidade que existe entre eles provenha da forma. ¹³ Dito em outras palavras, os indivíduos se diferenciam pela matéria, mas se identificam pela forma. Isso ocorre porque a forma não é atravessada pelo devir, o que faz com que somente a matéria e, por conseguinte, o indivíduo possa conhecer a mudança. É a forma a própria condição de ser das coisas, o que se evidencia na afirmação "por forma entendo a essência de cada coisa e sua substância primeira". ¹⁴ Ou seja, o indivíduo empírico é dito uma substância na medida em que é determinado por uma forma. Esta forma ou essência, embora seja condição da geração e do devir, não é nem gerada nem corruptível, mas ao contrário, é o que serve de substrato às mudanças. ¹⁵

A forma prevalece sobre a matéria e por isso a substância será considerada principalmente a forma, pois é em função da forma que a matéria é determinada, que as coisas têm a garantia do seu ser. Diz Aristóteles: "a substância de cada coisa é a causa primeira do ser". ¹⁶

Como já foi dito, o *sínolo*, tal como é concebido, é a condição de possibilidade da produção do conhecimento, ao passo que a admissão da mera existência das realidades sensíveis múltiplas, moventes e corruptíveis destruiria a ambição epistemológica do filósofo. É preciso que para além das mudanças que todo vivente está destinado a experimentar, para além do processo corruptível que é próprio de toda coisa, haja um elemento imutável e incorruptível, pois se renunciássemos a ele nada poderíamos dizer nem nada poderíamos conhecer. Apreendendo a mudança e somente ela, jamais nos seria possível realizar um juízo de identidade. Diz Aristóteles:

"em geral, é absurdo querer julgar a verdade partindo do fato de que as coisas deste mundo são sujeitas à mudança e não permanecem nunca nas mesmas condições: de fato, é preciso buscar a verdade partindo dos seres que se encontram sempre nas mesmas condições e que não são passíveis de mudança".¹⁷

Aristóteles se serve de determinadas precauções ou princípios que o afasta do caos, a começar pela ideia de que "nenhum movimento é infinito, mas todos os movimentos têm um termo". A imobilidade é um pressuposto epistemológico: a ciência ocidental está garantida quando se diz que o movimento não é infinito. É assim que Aristóteles considerará que todo movimento ou toda mudança se dá em função de um fim ou de uma direção: a sua forma. Logo, esta é imóvel. O que muda é a matéria, mas esta muda para atingir a forma, pois se assim não fosse, o movimento não conheceria um termo, um fim e deveria ser dito infinito, o que para o estagirita é inconcebível.

Todo movimento sempre será comprometido com o ato. Todo movimento é atualização do que é em potência²⁰ ou, dito de outro modo, "tudo o que muda, muda passando do ser em potência ao ser em ato".²¹ De acordo com esta imagem do pensamento, o movimento não é aberrante, infinito, caótico, mas compromissado com uma realização formal, conduzido por esta exigência que, uma vez atingida, produz o arrefecimento.

Nesse sentido, Aristóteles combaterá a filosofia sofista, para quem a verdade é impossível ou no dizer do famoso provérbio grego, "buscar a verdade seria como correr atrás de um pássaro voando". ²² Para os sofistas não haveria outra realidade além da sensível que está em permanente mudança. Ora, o que não para de mudar não pode nem mesmo ser objeto de um enunciado, que dirá de um enunciado verdadeiro. Aristóteles combate este princípio partindo da ideia de que a mudança jamais pode ser infinita e que a mudança ou o devir não abarca todo o ser. Sempre haverá uma porção do ser que não devém, que não muda, enquanto a mudança é concebida como um acidente do ser, como aquilo que não atinge a imutável forma.

Todo indivíduo empírico possui uma determinação essencial, formal, ou seja, é formalmente determinado, mas por outro lado os indivíduos também são atravessados por um princípio de movimento ou mudança, denominado potência (*dinamis*).²³ Entretanto, considerando que a substância de cada coisa é uma unidade, é essencialmente um ser²⁴, esta mudança não pode ser infinita, mas ao contrário, conhece um termo, um fim que é próprio a cada coisa. Aristóteles dirá que o ser que possui ou atinge o fim que lhe convém é perfeito (*teleion*): "De fato, uma coisa é perfeita quando possui o próprio fim". ²⁵ Este fim ou termo extremo de cada coisa Aristóteles também chama de limite (*peras*), o ponto de chegada do movimento e das ações. ²⁶ O limite também será definido como a própria substância ou essência de cada coisa, o que faz com que a essência de cada coisa seja o limite do conhecimento. ²⁷

Todo conhecimento é atividade em busca da essência, de modo que ao apreender a essência de algo posso afirmar que conheço este algo. Este conhecimento será expresso pela noção da coisa, por sua definição, pelo seu conceito. Como resume Aristóteles: a substância de cada coisa também se chama a essência, cuja noção define a coisa. ²⁸ "A noção é do universal [...] Não existe definição, por exemplo, deste círculo ou de um círculo particular". ²⁹ Os indivíduos particulares são conhecidos por meio da percepção, mas sempre podem ser constituídos e definidos em sua noção universal. A matéria por si é incognoscível. Existe uma matéria sensível e uma inteligível. A sensível é, por exemplo, o bronze ou a madeira ou tudo o que é suscetível de movimento. A inteligível é, ao contrário, a que está presente nos seres sensíveis, mas não enquanto sensíveis, como os entes matemáticos. ³⁰

Se a sensibilidade apreende a matéria movente, o intelecto apreende a matéria imóvel. O ser humano tem a capacidade intelectual de fazer a representação inteligível das coisas, retendo das coisas aquilo que é sua natureza essencial e é em razão desta capacidade que a ciência se justifica como uma ambição humana.

Aristóteles na Metafísica³¹ afirma que além de o homem ser capaz de produzir imagens sensíveis (*fantasiaî*) e recordações destas imagens (pela memória), também é capaz de produzir arte (*tecné*) e raciocínios (*logismos*). O processo de produção da arte³² ou da ciência suporia, portanto, inicialmente, a recepção, pelos sentidos, das imagens sensíveis que nos chegam por meio da experiência e da capacidade intelectual de formar um juízo geral capaz de se referir a todos os casos semelhantes ao caso observado.

A sapiência, para Aristóteles, reside precisamente na capacidade do indivíduo de conhecer e este conhecimento não é um simples contato com a experiência, ou com os indivíduos particulares, mas na capacidade de ultrapassar o dado e de construir um saber conceitual.³³ O que implica dizer que o conhecimento científico dependeria da capacidade intelectual de conhecer os conceitos universais. Nas palavras do filósofo, o sábio será aquele que possuir a ciência do universal.³⁴

O homem teria, assim, dois instrumentos de conhecimento: a sensibilidade e a razão. O primeiro teria o poder de apreender o indivíduo e o segundo, o universal. Estas duas faculdades entram em acordo: o que é oferecido pela sensibilidade são os indivíduos particulares, mas por um processo de abstração a razão retiraria destes indivíduos o universal (informação oral).³⁵

O conceito é um universo e, como tal, abarca muitas coisas porque se predica de múltiplos indivíduos e constituem com todos eles uma unidade, como por exemplo, homem ou cavalo.³⁶ O que a definição objetiva, o que o conceito quer exprimir é a essência das coisas, aquilo que nelas está a salvo de toda

mudança ou variação, o que ela é por si mesma. Logo, o conceito exprimirá uma unidade: "a definição é uma noção que constitui uma unidade",³⁷ pois a essência é geral para todas as coisas.

A definição, o universal é o que há de comum entre muitas coisas, o que pode ser predicado de uma multiplicidade, o que pertence a uma multiplicidade de coisas.³⁸ Não existe definição do indivíduo, das substâncias sensíveis particulares, uma vez que atravessadas pela matéria, pela corrupção e pelo não ser não possuem o caráter da necessidade, requisito fundamental do discurso científico.³⁹

Ao elaborar a representação racional, o homem busca a semelhança das coisas. Ao produzir o conceito passa-se do indivíduo para o objeto geral ou universal; abandona-se a multiplicidade dos indivíduos e busca-se os elementos comuns, o que vai constituir o gênero e a espécie. A representação racional faz nascer o saber representativo, regido pelo princípio de semelhança (informação oral).⁴⁰

Em resumo, o homem teria a capacidade de apreender a verdadeira natureza das coisas e produzir assim o conhecimento, ao fazer bom uso de sua capacidade intelectual. O produto do intelecto é o conceito, a generalidade, o que implica uma abstração das nossas representações sensíveis, um distanciamento das coisas, da sua natureza plural e dinâmica. Satisfeito com sua capacidade intelectiva, o homem se torna homem da ciência. O afastamento das coisas próprio do processo de abstração é visto como um movimento superior, como uma elevação do intelecto. Estaríamos a um passo de distância das coisas, mas esse passo é orgulhosamente compreendido como uma conquista intelectual.

Se a imagem do pensamento que Aristóteles oferece ressalta o poder da generalização, há outra imagem que se volta exatamente para aquilo que a universalidade perde. Nietzsche, por exemplo, é um filósofo para quem toda definição é um esquema, uma invariação, uma simplificação, "um simples aspecto da realidade que flui".⁴¹

Ao operar cientificamente, acredita-se apreender uma realidade, enquanto de fato, estamos limitados às suas sombras e sua recomposição artificial. A atividade científica conceitual é a de generalização tornando comum uma propriedade particular. Ou seja, devido à extensão que lhe atribui, o conceito é uma deformação. Uma propriedade representada em um conceito se alarga e perde o horizonte do seu objeto, ultrapassando-o para se tornar comum a ele e a outros.

O conceito é criado quando os traços individuais são abandonados em favor de um traço geral, ou em outras palavras, a omissão do individual gera o conceito. O conceito, a denominação, o estabelecimento dos gêneros é o passo primeiro do processo de conhecimento. A identidade dos traços de uma coisa

nos leva a compreender diversos objetos sob o mesmo conceito. 43

Mas na natureza não existem traços gerais: somente há individualidades, ou antes singularidades. O conceito é um produto antropomórfico, ⁴⁴ e, como tal, não corresponde jamais à natureza das coisas. Só para o homem do conhecimento é que existe forma, grandeza. "O infinito na natureza: ela não tem nenhum limite, em parte alguma. Só para nós existe o finito". ⁴⁵

Em outras palavras, a generalização conceitual implica um afastamento da realidade em sua diversidade própria, uma abstração em busca da estabilidade que se coloca acima da multiplicidade e do movimento próprios das coisas. Ocorre que as representações inteligíveis começam nas coisas sensíveis, naquilo que nos é oferecido à percepção sensível. O processo de abstração inicia-se na percepção e se formos examinar a própria natureza da percepção, descobriremos que o conceito não dista apenas um passo do real, mas sim dois passos.

A questão é a seguinte: será a percepção uma apreensão plena da realidade ou será ela também um afastamento da realidade? Seria a percepção, tal como o senso comum acredita, uma reprodução exata do mundo? Isto é, será que o que percebemos do mundo é o que o mundo é? Que ao abrir os olhos para a matéria do mundo nos deparamos com toda a realidade existente?

Henri Bergson se dedicou longamente ao exame: da percepção e da *matéria e memória*. Ele mostra que todo ser vivo se constitui como um centro perceptivo, como uma imagem que se relaciona com as imagens exteriores que o cercam, de modo que se desaparece a percepção, desaparece a possibilidade de ação das imagens do mundo sobre o um corpo e vice-versa. Neste centro perceptivo o estímulo chega. Este se propaga, logo o mundo exterior é representado – eis o que constitui uma pessoa.⁴⁶

O vivo tem a percepção para fundamentalmente apreender o que está do lado de fora dele, apreender a exterioridade. Quando o ser vivo entra em contato com outro corpo, com outra imagem, ele volta este corpo para o seu centro, para sua percepção e sua possível ação. Movimento este indispensável para a sua sobrevivência.

De maneira geral, funcionamos com base na suposição de que o que os olhos transmitem ao cérebro sobre o mundo exterior é real. Chegam informações na superfície do corpo em termos de luz e som de intensidade e comprimentos de ondas variáveis, além de flutuações de temperatura, pressões em pontos específicos da pele, concentrações de certas substâncias químicas detectadas pelo nariz ou pela língua. O mundo exterior é visto e reinterpretado através do olho da mente. Apresenta-se sempre numa perspectiva solipsista, pois até certo ponto acredita-se que o mundo vai para a cama quando o ser dorme.

O que Bergson mostra é que o que se torna objeto da percepção consciente não é todo o mundo. "Uma imagem pode ser sem ser percebida", ⁴⁷ isto é, nem toda matéria é conscientemente percebida ou representada. A percepção escolhe algumas imagens enquanto uma infinidade de outras permanece excluída. Ou dito na fórmula filosófica clássica, o objeto que se revela para o ser não é o objeto em si.

Perceber conscientemente significa escolher e a consciência significa consistir antes de tudo neste discernimento prático. As percepções diversas do mesmo objeto que oferecem seus diversos sentidos. Estes não reconstituirão, portanto, ao se reunirem, a imagem completa do objeto; permanecerão separadas umas das outras por intervalos que medem, de certo modo, muitos vazios em meio às necessidades.⁴⁸

Ao passar da presença para a representação (a totalidade das imagens percebidas), as coisas perdem um pouco de si, uma vez que a representação é menos do que a presença. É como se a imagem abandonasse algo delas mesmas, se isolando do restante do mundo material. Esta diminuição que ocorre na representação é o abandono do que não interessa às nossas necessidades, às nossas funções. A percepção deixa de ser a imagem do todo e passa a ser o que interessa ao corpo, excluídas infinitas outras imagens. A consciência é esta escolha, este discernimento prático, mas é ao mesmo tempo esta crosta exterior, esta película superficial. O objeto representado é como obscurecido, diminuído, emoldurado, suprimido naquilo que não interesse a um centro perceptivo. Só retém o que é capaz de influenciar e o que é capaz de influenciar a si.

Pode-se dizer que a percepção de um ponto material inconsciente qualquer, em sua instantaneidade, é infinitamente mais vasta e mais completa que a existente, já que este ponto recolhe e transmite as ações de todos os pontos do mundo material, enquanto a consciência só atinge algumas partes por alguns lados.⁴⁹

Trata-se de uma pobreza, mas uma pobreza necessária ao sujeito da consciência.

Logo, a minha percepção não acrescenta nada à matéria do mundo, mas ao contrário a diminui, porque funciona segundo os seus interesses. Não apreendo a matéria em sua totalidade, mas somente nos elementos que interessam ao ser.

Além disso, o cérebro tem dispositivos de bloqueio bastante elaborados para evitar a chegada de novas informações ao depósito central, o que se chama filtragem perceptual.⁵⁰ A memória de curto prazo é um destes mecanismos. Por sua vez se esta seleção do cérebro do que vai ser colocado no estoque, a partir do material existente ao redor, não acontecesse, a vida seria impossível para o homem. A percepção das coisas sem nenhuma filtragem perceptiva

torna-se como "Funes, o Memorioso", personagem do conto de Jorge Luis Borges. Diz Borges: "nós, de uma olhadela, percebemos 3 copos de vinho em cima de uma mesa. Funes viu todos os brotos, aglomerados e bagos de uva."

De toda a informação que chega aos olhos em qualquer momento dado, apenas uma pequena proporção chega à consciência. Daí decorre que a percepção não é o objeto mais algo, mas o objeto menos algo, menos tudo o que não interessa.⁵¹

Perceber conscientemente é escolher, dentre os estímulos exteriores, aquele que há de atuar em nós e ser por nós respondido, em vista dos interesses momentâneos da nossa vida prática. Claro, se a apreensão perceptiva não for um treino automático, mas sim um esforço do organismo para estar atento à sua vida, o número da percepção consciente diminui significativamente.

Os centros cerebrais são instrumentos de seleção encarregados de escolher, no imenso campo de nossas percepções virtuais, aquelas que deverão atualizar-se. O próprio Bergson cita Leibniz: "cada mônada porta em si a representação consciente ou inconsciente da totalidade do real". Embora ele diga não ousar ir tão longe, considera que percebe-se virtualmente muito mais coisas do que percebe-se atualmente. Considera-se que afasta-se da consciência tudo o que para o ser não teria nenhum interesse prático, tudo o que não serviria para ação.

Ou seja, presos na atenção à vida, limita-se a visão. Reduz-se o mundo. Quando é possível aparecer uma brecha, isto é, quando se dá um relaxamento desta atenção, outras lembranças e outras percepções penetram a vida consciente, como é o caso do sonho.⁵³ "O sonho é a vida mental integral menos o esforço de concentração",⁵⁴ ou seja, relaxado da permanente atenção que a vida de vigília impõe, o sujeito que sonha expande seu espírito para além das regras da logicidade e coerência que o intelecto vigilante está habituado.

No sono, desinteressa-se da atenção à vida. "A pessoa dorme na exata medida em que se desinteressa". ⁵⁵ Basta o filho chorar para uma mãe acordar e ver o que se passa, pois não se consegue dormir quando o mundo continua a interessar. O que ocorre, na verdade, é que a percepção ao invés de ser restringida quando dormimos, ao contrário, se expande, se amplia. E por isso pode-se dizer que é com sensação real que fabricamos o sonho. ⁵⁶

O sonho pode ser uma ressurreição de um passado que não somos capazes de reconhecer: uma imagem cujo objeto ou fato foi percebido distraidamente, quase inconscientemente durante a vigília.⁵⁷ É como se as "funções superiores" da inteligência cedessem lugar para a mais louca variação de imagens, sequências, possibilidades. Daí Nietzsche afirmar que o sonho desencadeia no homem poderes artísticos.⁵⁸

Por outro lado, a vida de vigília é extremamente cansativa, pois, mesmo quando julgamos que nada é feito, existe sempre a posição de escolher e de excluir. Esta escolha sem cessar de sensações e lembranças é a condição essencial do bom senso. E esta adaptação e esta escolha se mantêm num estado de tensão permanente. Em outras palavras, ter bom senso é muito fatigante.⁵⁹

Estar desperto consiste em eliminar, escolher, juntar incessantemente a totalidade da vida difusa do sonho no ponto em que um problema prático se coloca. Estar desperto significa querer. Parar de querer, desprender-se da vida, desinteressar-se: é justamente assim que o homem passa do eu da vigília para o eu dos sonhos. Menos tenso, porém mais extenso que o outro.⁶⁰

Em resumo, uma percepção é sempre utilitária e interessada. Todo vivo apreende pela percepção somente aquilo que lhe importa diretamente. A percepção poderia apreender uma infinidade de luz que está diante dela, mas só apreende um pequeno pedaço, porque não apreende o que não lhe interessa. A percepção do sujeito material é um instrumento do interesse e da utilidade da vida que lhe caracteriza. Ela é como um recorte, uma fotografia em que as demais imagens que não lhe interessam são deixadas passar.

Logo, a percepção individual não acrescenta nada à matéria do mundo, mas ao contrário a diminui porque funciona segundo os seus interesses. Não apreende-se a matéria em sua totalidade, mas somente nos elementos que interessam ao ser.⁶¹

Voltando à prática do conhecimento. Este se dá por meio de construção de conceitos, isto é, a partir da elaboração de nomes gerais. O trabalho do intelecto é o de classificação, nomeação e no esforço de abstração que requer a formação de conceitos, uma vida a correr se perde. Em função da necessidade intelectual e de seu modo próprio de operar, distancia-se da atividade infinita da vida.

Muitas coisas escapam ao olhar. Como diz Nietzsche, vivemos graças ao caráter superficial do nosso intelecto, numa ilusão perpétua. O nosso entendimento é uma força de superfície, é superficial... Conhece por meio de conceitos: o nosso pensar é um classificar, um nomear, logo qualquer coisa que diz respeito ao arbitrário humano e não atinge a própria coisa".

Ocorre que as representações intelectuais têm início no processo perceptivo, que por sua vez, também oferece ao sujeito não o mundo em sua diversidade infindável, mas um pequeno recorte seu, sendo, pois não uma reprodução, mas antes um distanciamento das coisas. Platão⁶⁴ diz que o artista dista duas vezes do mundo, mas pode-se afirmar que, na realidade, o epistemólogo é que dista duas vezes, porque a percepção, base primeira para o conhecimento, é uma diminuição do mundo e o conceito é uma segunda diminuição. O co-

nhecimento intelectual seria uma redução do que se oferece à sensibilidade, e o que se oferece à sensibilidade, também uma redução do mundo. Daí, que, de forma radical, Nietzsche afirma que "a humanidade tem no conhecimento um bom meio para perecer".⁶⁵

Desta maneira, o processo do conhecimento seria um esforço de atenção ao sujeito e não um encontro com a natureza das coisas. No processo de abstração próprio da razão, há um afastamento do real e uma aproximação de uma generalidade que só existe na mente e na linguagem. Ele serve ao indivíduo humano, mas dista da essência da vida. Vivendo no domínio do intelecto, vive-se numa eterna ilusão. Justamente para livrar-se desta ilusão que tem necessidade da arte. Como ensina Nietzsche, é preciso fazer reinar em nós uma força de artista. Só assim chegaremos à libertação progressiva do que é demasiado antropomórfico, mas para ser receptivo a isso é preciso ter conhecido a insuficiência da vida intelectiva.

Ocorre que a ciência necessita que o seu objeto seja estável, caso contrário não pode realizar sua base sólida de operação conceitual. Ao estudar qualquer ato mental, a ciência necessita supor que ele permaneça o que é, sendo, toda variação encontrada, considerada uma multiplicidade quantitativa, e a análise final consideraria seus elementos imutáveis.⁶⁶

O nosso espírito, em sua atividade ordinária, está sempre representando estados e coisas e assim vai substituindo o contínuo pelo descontínuo, a mobilidade pela estabilidade, a mudança pelos pontos fixos. Este modo de proceder é absolutamente necessário ao senso comum, à linguagem, à vida prática, à ciência. A inteligência não quer (nem pode) obter um conhecimento metafísico do real. O que ela visa é se servir do real em seu benefício, e por isto, deixa o real escapar. A metafísica tem outros interesses que não os do senso comum. Por isso estudar filosofia é aceitar o desafio de abandonar as práticas comuns e utilitárias, e por isso, estudar filosofia é ao mesmo tempo um risco e uma aventura.

De acordo com Nietzsche, a filosofia é uma forma de decadência do homem⁶⁹ e o contramovimento disso é a arte: o filósofo do futuro é o filósofo artista.⁷⁰ A filosofia tradicionalmente mostrou antipatia com a aparência, com a mudança, com a falta de finalidade⁷¹ e confiou incondicionalmente nos conceitos.⁷² O filósofo artista será aquele que antes de tudo se mostrará "profundamente desconfiado em relação aos dogmas da teoria do conhecimento".⁷³

A questão é que todo conhecimento é sempre um ponto de vista do finito, o que nada mais é do que uma ilusão. "Em todo o universo o que se dá é o movimento. O repouso que tem lugar na Terra não passa de um entrave ocasional da matéria. Considerar esta estaticidade como um estado primordial é

um engano".⁷⁴ Se abandonarmos as estruturas finitas e encaminharmos para o infinito, perdemos o determinismo, a previsibilidade, os fins, a funcionalidade. Estes são o apoio do homem do conhecimento. A grande tarefa do filósofo do futuro, e também a dos artistas, é se manter de pé sem este apoio.⁷⁵

O ato de criar não está a serviço de nenhum interesse específico ou de qualquer conveniência particular. A arte não é uma atividade da cultura, da história do homem ou mesmo o resultado de seu desenvolvimento biológico e intelectual. A arte não é a visão de um sujeito, de sua psicologia, de seus comportamentos, de suas palavras e de suas ações. Não é uma adaptação à história ou uma consequência de suas necessidades. Assim, concebê-la é lhe tirar a dignidade e a grandeza. É preciso pensar a arte para além dos interesses orgânicos ou sociais do homem.

O pensamento clássico sempre acreditou no poder da razão porque compreendia que a capacidade de abstração era uma capacidade de apreensão de essência das coisas. Nunca se destacou que a generalidade é um afastamento da vida, mas sim um processo altamente sofisticado de conhecer aquilo que é essencial nas coisas. Por isso Nietzsche não se cansa em nos falar de uma forma superior de vida em que se necessita de forças artistas prodigiosas: "são necessárias inauditas forças da arte para eliminar o ilimitado instinto de conhecimento". O grito de Nietzsche é: o regresso à arte, o regresso à vida. "Não é no conhecimento, mas na criação que está a nossa salvação!" 77

As coisas ditas assim, de modo tão diferente do que habitualmente se diz, podem assustar. Mas, ainda citando Nietzsche, "o susto é a melhor parte da humanidade".⁷⁸

Notas

- ¹ Doutora em Filosofia pela UFRJ, Professora Adjunta da UCAM-Centro e da Faculdade São Bento/RJ.
- ² ARISTÓTELES. *Metafísica*. II, A 1, 980 a.
- ³ PLATÃO. Timeu. 28 b.
- 4 Ibid. 28 a.
- ⁵ ARISTÓTELES. *Metafisica*. I, B, 4, 999 a 25.
- ⁶ *Ibid.* I, B, 4, 999 b 25.
- ⁷ *Ibid.* I, B, 4, 999 a 25.
- 8 Ibid. I, B, 6, 1003 a 5.
- ⁹ *Ibid.* I, 7, 3, 1029 a 5.
- 10 Ibid. I, 7, 6, 1032 a 5.
- ¹¹ REALE, Gionave. Sumários e Comentários à Metafísica. In: *Metafísica*. III, notas do livro 7, 6, 10, 1031 b 3-10.
- ¹² ARISTÓTELES. *Metafísica*. Z, 8, 1033 b 15.
- 13 Ibid. Z, 8, 1033 b 30, 1034 a 5.
- ¹⁴ *Ibid.* Z, 7, 1032 b.
- 15 Ibid. H, 1, 1042 a 30.
- ¹⁶ *Ibid*. Z, 17, 1041 b 25.
- 17 Ibid. K, 6, 1063 a 10.
- ¹⁸ *Ibid.* I, B, 4, 999 b 5.
- ¹⁹ *Ibid.* 12, 3, 1070 a.
- ²⁰ *Ibid*. k, 9, 1065 b 20.
- ²¹ *Ibid.* 12, 2, 1069 b 15.
- ²² Citado pelo próprio Aristóteles em sua refutação ao relativismo de Protágoras em ARISTÓTELES. *Metafísica*. I, 4, 5, 1009 b 35.

- ²³ ARISTÓTELES. *Metafisica*. I, 5, 12, 1019 a 15.
- ²⁴ *Ibid.* I, 4, 2, 1003 b 30.
- ²⁵ *Ibid.* I, 5, 16, 1021 b 20.
- ²⁶ *Ibid.* I, 5, 17, 1022 a 5.
- ²⁷ *Ibid.* I, 5, 17, 1022 a 5.
- ²⁸ *Ibid.* I, 5, 8, 1017 b 20.
- ²⁹ *Ibid.* Z, 10, 1036 a.
- 30 Ibid. Z, 10, 1036 a 5.
- 31 Ibid. I, A 1, 980 a 981 a.
- ³² Reale, em seu comentário à Metafísica, esclarece que a palavra "arte" não deve ser aqui apreendida em seu sentido contemporâneo, mas, para que não tenhamos o risco de nos equivocarmos, deve ser compreendida como "toda profissão prática baseada em determinados conhecimentos especializados [...] que se baseiam em regras gerais e conhecimento sólido". Metafísica, III, A 1, nota 7.
- ³³ É sabido por todos que Aristóteles considera o conhecimento pela causa a característica essencial do sábio. Entretanto, como o presente artigo não visa a tratar desse problema, será destacada apenas a questão do saber conceitual ou universal.
- ³⁴ ARISTÓTELES. *Metafisica*. I, A 2, 982 a 982 b.
- ³⁵ ULPIANO, Claudio. *Platão e Aristóteles*: ousia, substantia, essentia.
- ³⁶ ARISTÓTELES. *Metafisica*. I, 5, 26, 1023 b 30.
- ³⁷ *Ibid*. Z, 10, 1037 a 15.
- ³⁸ *Ibid.* Z, 13, 1038 b 10.
- ³⁹ *Ibid.* Z, 15, 1039 b 25.
- ⁴⁰ ULPIANO, Claudio. *Uma pequena aula de Platão* A República, livro VI.

- ⁴¹ BERGSON, Henri. *Introdução à meta-fisica*. p. 26.
- ⁴² Ibid. Introdução à metafísica. p. 18.
- ⁴³ NIETZSCHE, F. O último filósofo. § 150.
- ⁴⁴ *Ibid.* § 150.
- ⁴⁵ *Ibid.* § 123.
- ⁴⁶ BERGSON, Henri. *Matéria e memó-ria*, p. 34.
- ⁴⁷ *Ibid.* p. 24.
- ⁴⁸ *Ibid.* p. 35.
- ⁴⁹ *Ibid.* p. 26.
- ⁵⁰ ROSE, Steven. O cérebro consciente. p. 299.
- ⁵¹ DELEUZE, Gilles. *O bergsonismo*. p. 16.
- ⁵² BERGSON, Henri. *Fantasmas de vivos* e pesquisa psíquica. p.77.
- ⁵³ *Ibid.* p.78.
- ⁵⁴ Id. *O sonho*. p. 104.
- ⁵⁵ *Ibid.* p. 103.
- ⁵⁶ *Ibid.* p. 93.
- ⁵⁷ *Ibid.* p. 93.
- ⁵⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder.* § 798.
- ⁵⁹ BERGSON, Henri. O sonho. p. 102.
- ⁶⁰ Id. A lembrança do presente e o falso reconhecimento. p. 127.
- 61 É certo que Bergson faz uma distinção entre a percepção de fato e a percepção de direito. Esta última refere-se à percepção antes do aparecimento da vida, a própria imagem do todo. Trata-se da percepção pura, acentrada, translúcida; já a percepção de fato é a percepção consciente, a

- percepção que se reduz, de fato, ao que interessa a você, que se referencia a essa imagem especial que é seu corpo. No presente trabalho a questão é voltada para a percepção consciente.
- 62 NIETZSCHE, F. O último filósofo. §51.
- 63 Ibid. \$54.
- ⁶⁴ PLATÃO. *A República*. X, 597, a, b, c.
- ⁶⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *O último filósofo*. § 125.
- 66 BERGSON, Henri. *Introdução à meta-física*. p. 25.
- ⁶⁷ *Ibid.* p. 31.
- 68 Ibid. p. 31.
- ⁶⁹ NIETZSCHE, Friedrich. A vontade de poder. § 794.
- ⁷⁰ *Ibid.* § 795.
- ⁷¹ *Ibid.* § 407.
- ⁷² *Ibid.* § 409.
- ⁷³ *Ibid.* § 410.
- ⁷⁴ KLEE, Paul. Sobre a arte moderna e outros ensaios. p. 46.
- ⁷⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *O último fi-lósofo.* § 120.
- ⁷⁶ *Ibid.* § 30.
- ⁷⁷ *Ibid.* § 84.
- ⁷⁸*Ibid*. § 65.

Referências Bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Metafisica*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- BERGSON, Henri. A intuição filosófica. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

- _____. Introdução à metafísica. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- _____. Fantasmas de vivos e pesquisa psíquica. In: *A Energia Espiritual*. São
- Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. O sonho. In: A Energia Espiritual. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Matéria e Memória*. Ensaio sobre a relação do corpo com o espírito. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- DELEUZE, Gilles. *O bergsonismo*. São Paulo: 34, 1999.
- KLEE, Paul. Sobre a arte moderna e outros ensaios. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- NIETZSCHE, Friedrich. O último filósofo. In: *O livro do filósofo*. Porto: Editora Rés, 1984.

- _____. *A vontade de poder.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- PLATÃO. *Timeu; Crítias; O segundo Alcebíades; Hípias Menor.* 3. ed. Belém: EDUFPA, 2001.
- _____. *A República.* 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.
- ROSE, Steven. *O cérebro consciente*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.
- ULPIANO, Claudio. *Uma pequena aula de Platão* A República Livro VI. Disponível em: http://claudioulpiano.org.br.s87743.gridserver.com/?p=4543. Acesso em: 2 mar. 2014.
- . Platão e Aristóteles: ousia, substantia, essentia. Disponível em: http://claudioulpiano.org.br.s87743.grid-server.com/?p=6542. Acesso em: 2 mar. 2014.



As Unidades de Polícia Pacificadora e o Complexo do Alemão

Roberta Duboc Pedrinha¹

1. A versão oficial do governo do estado do Rio de Janeiro sobre as UPP

De acordo com o posicionamento oficial do Governo do Estado do Rio de Janeiro, as Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) consistem em um "novo" modelo de segurança pública engendrado. Surgiram como opção de negação da política de segurança de enfrentamento, em prol da política de segurança de proximidade, por meio de programa de policiamento comunitário, desenvolvido no Estado do Rio de Janeiro, desde dezembro de 2008, pautado na contenção da letalidade policial. As UPP primeiramente atuam em uma estratégia conjunta com o Batalhão de Operações Especiais (Bope), para expulsar e depois reprimir o tráfico de drogas de determinada favela. Tal tática manifesta-se mediante uma ação coordenada, inicialmente com o Bope, para depois a UPP ser instalada.

De acordo com o Governo, esta "nova Polícia", almeja nas favelas uma parceria dos policiais com a população,² para, em seguida, viabilizar políticas sociais, com o escopo de prevenir a criminalidade violenta e a redução de danos a vítimas e moradores. Neste modelo de policiamento de proximidade ocorre uma mudança parcial no que tange ao procedimento, pois há o elemento

visibilidade em face do policial, pela sua presença permanente, que inibe o porte de arma dos grupos armados locais, e, acima de tudo, reduz a letalidade. Assim, considera a eliminação do modelo de confronto e do armamento ostensivo, na medida em que adota um posicionamento mais moderado. "A UPP é a expressão da ordem do poder estatal, do poder policial" (SOUZA e SILVA, 2012: 426).

Este modelo teve início no Brasil quando o Secretário de Segurança Pública José Mariano Beltrame, após visita à Colômbia, decidiu implementá-lo, após conhecer a experiência de policiamento comunitário em curso nas cidades de Medellín e Bogotá, além da inspiração no modelo da cidade de Boston. Assim, foi particularmente com referência ao policiamento colombiano, seguido do norte-americano, que surgiu a proposta das UPP. Na Colômbia ocorreu a partir de 2002, na "Comuna 13", no conjunto de vinte e cinco favelas consideradas as mais violentas do mundo.³ No Brasil, antes que a UPP ocupe uma favela, tem-se inicialmente uma operação de confronto anunciada, e após o confronto, instalam-se as bases permanentes do policiamento de proximidade, para, posteriormente, ser viabilizada a chegada de serviços sociais, de acordo com o Governo⁴.

Nessa esteira, segundo a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro,

"a UPP é um novo modelo de segurança pública de policiamento que promove a aproximação entre a população e a Polícia, aliada ao fortalecimento de políticas sociais nas comunidades. Ao recuperar territórios ocupados há décadas por traficantes e recentemente por milicianos, as UPP procuram levar paz às comunidades da Zona Sul, da Zona Norte e da Zona Oeste do Estado. [...] As Unidades de Polícia Pacificadora representam uma importante arma do Governo do Estado e da Secretaria de Segurança Pública para recuperar territórios perdidos para o tráfico e levar a inclusão social à parcela mais carente da população" (LIMA, 2012:14).

Consoante o Governador Cabral:

"a partir de 2007 começamos uma mudança completa na segurança pública. De lá para cá, reaparelhamos a Polícia, valorizamos os policiais, criamos uma política de metas e premiação por resultados. Implantamos um novo conceito de policiamento com as UPP, que já libertaram centenas de milhares de pessoas do jugo de bandidos." (CABRAL apud LIMA, 2012:112).

As UPP foram criadas pelo Decreto nº 41.650, de 21 de janeiro de 2009⁵, pelo Governo Cabral. Foi em Botafogo, em 10 de dezembro de 2008, que a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro deu início à implantação, na Favela Santa Marta, à Companhia de Policiamento Comunitário Santa Marta, a precursora da UPP⁶ (LIMA, 2012:15). E, desde então, o projeto foi crescendo pela cidade e alcançou o Complexo do Alemão. Entretanto, chegar ao Complexo, naquele momento, não era a intenção do Estado. Mas depois dos ataques e a ocorrência da megaoperação II, em 2010, seguida da longa ocupação pelas Forças Armadas, por cerca de vinte meses, acabou por ser a opção a implantação da UPP, em 2012, concomitantemente à saída dos militares. De acordo com o planejamento do Governo do Estado, o policiamento de proximidade seria enviado ao Complexo do Alemão em 2011 e à Rocinha em 2012. Contudo, o planejamento atrasou e ocorreu somente em junho de 2012.

Depois da ocupação das favelas com as UPP, ou seja, da ocupação militar do território, por meio da instituição policial, em um segundo momento, de acordo com o Governo, deveriam vir os serviços públicos, por meio da batizada UPP Social. Pois, com a "pacificação", pela retomada da soberania estatal nos territórios favelados, anteriormente controlados pelos grupos armados, tornouse possível a expansão de bens de cidadania para os moradores. Assim, a ideia da UPP Social nasceu em abril de 2010, e foi lançada em agosto do mesmo ano. O Governo do Estado do Rio de Janeiro incumbiu a Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos, em parceria, para coordenar o processo de implantação de políticas sociais de desenvolvimento nas favelas ocupadas com as UPP. O economista Ricardo Henriques foi convidado, mas logo deixou o cargo.

Em dezembro o programa foi transferido para o Município, depois de um acordo entre o Governador Cabral e o Prefeito Paes. Em 4 de janeiro de 2011 foi formalmente instituída a UPP Social Carioca, por meio de ações com condão social, cultural e ambiental em favelas com UPP, com agora coordenação do Instituto Pereira Passos (IPP), articulado ao Projeto Morar Carioca. A UPP Social tem como finalidade efetivar a ingerência de variados órgãos do Governo nas favelas. Tem como objetivo não apenas consolidar o policiamento ostensivo e a expulsão dos grupos armados do tráfico, como também o desenvolvimento de projetos de oferta e regularização de serviços, como: água, gás, coleta de lixo, esgoto, energia elétrica e TV por assinatura, além do desenvolvimento social e econômico da área. Visa estabelecer parcerias em outras esferas como a federal, o setor privado e a sociedade civil, no intuito de promover projetos sociais locais. Almeja a criação de oportunidades para a juventude, através de atividades culturais, esportivas e de lazer.

Vale conferir as UPP que foram instaladas no Rio de Janeiro, a previsão do número de UPP no Estado do Rio de Janeiro é de quarenta, até 20148. Um dos efeitos positivos das UPP de acordo com as autoridades públicas consiste na

tentativa de reformulação das práticas policiais. Em seguida, a redução do número de mortes, no que tange aos dados apresentados, decorrentes dos embates dos grupos armados de traficantes e de policiais, ou mesmo entre os grupos armados de traficantes entre si. A diminuição da letalidade nas favelas conecta-se à substituição do modelo de confronto pelo modelo de proximidade, adotado no campo das políticas de segurança pública do Estado. Consoante Beltrame:

"eu digo hoje que a UPP está nas mãos da sociedade. Dificilmente alguém vai chegar ali e conseguir parar com isso, pois nenhum país pode sediar a Copa do Mundo sem deixar um legado social. No caso brasileiro, é a política de segurança pública" (Estadão, 28 de fevereiro de 2012).9

No Complexo do Alemão, a instalação da UPP organizou-se lentamente pois não havia o contingente de policiais necessário para integrá-la. Logo, conforme Beltrame:

"serão quinhentos homens em março, quinhentos em abril, quinhentos em maio e setecentos em junho, mas a manutenção do Exército naquela área, no nosso entendimento, é muito maior que isso. [...] O Exército veio, nos ajudou e está ajudando. Por que desfazer essa parceria? A permanência do Exército lá nos permitiu devolver policiais para o interior, nos permitiu fazer alguns remanejamentos, botar alguns policiais em estágio em outras UPP e atender o Alemão a partir de março, dentro desse cronograma". 10

Entretanto, sabe-se que isso não ocorreu. O Exército permaneceu por mais tempo e, somente em junho de 2012, efetivou-se de modo pleno a UPP no Complexo do Alemão.¹¹

As UPP do Complexo do Alemão foram alvo de alguns ataques e tiroteios, como o que levou um policial à morte, em 24 de julho de 2012. Nas palavras do Secretário de Segurança: "o processo de pacificação seguirá seu curso previsto para a região até que esteja consolidada a reconquista do território dessas comunidades, com sua devolução completa e pacífica à cidade do Rio de Janeiro". 12 O Governador pontuou: "foi um espasmo de alguns marginais. O território é nosso". 13 Daí, algumas manchetes reforçavam atuação das UPP, como: "UPP do Alemão fecha central clandestina de TV a cabo na Pedra do Sapo", ocasião em que dois homens foram presos e o material apreendido pelos agentes policiais. 14

O Presidente do Instituto Pereira Passos, Ricardo Henriques, que coordenou o programa UPP Social, salientou, nesta ocasião, a relevância da pacificação para que os próximos passos sejam alcançados. "Trazer uma política de segurança que retire o poder armado dos territórios é a chave para os avanços necessários para resolver a dívida social gigantesca que se produziu nesta cidade". Portanto, concomitantemente às UPP foram realizados pelo Governo programas sociais vinculados à UPP Social no Complexo do Alemão, com destaque para o Projeto Ação Global, realizado pela primeira vez na Coordenadoria de Polícia Pacificadora (CPP), no dia 25 de novembro de 2012. Nele, cerca de quarenta mil pessoas foram atendidas nos estandes montados em sua sede, para a retirada de documentos, tratamentos de saúde e de beleza. 16

Nessa esteira cresceram os eventos sociais. Isso pode ser notado na manchete: "Complexo do Alemão irá receber torneio de futebol: jogadores selecionados no Dream Football UPP vão treinar em clubes parceiros". Assim, foi escolhida a quadra de esportes da Nova Brasília, no Complexo do Alemão, para ser palco do torneio *Dream Football UPP*, que já aconteceu no Vidigal, na Mangueira, no Salgueiro e em Manguinhos.¹⁷ Bem como na manchete: "Baile funk da paz no Complexo do Alemão reúne quatro mil pessoas: a festa da UPP Nova Brasília é a primeira depois da pacificação da comunidade" houve a demonstração da retomada dos territórios pelo Estado, com a UPP, onde os moradores tiveram a expectativa de que retomariam uma das suas principais formas de lazer com segurança. 18 Temos ainda a manchete: "UPP Alemão encerra Colônia de Férias com visita ao Jardim Zoológico". Trata-se de um passeio especial, que serviu de prêmio aos jovens que frequentaram as aulas de reforço escolar e também jogaram xadrez, em sede da UPP.¹⁹ Com efeito, delineia-se a versão das forças repressivas estatais acerca das megaoperações, da ocupação pelos militares e pela UPP.

2. A versão dos moradores do Alemão e dos repertórios de direitos humanos

Certamente, desde 2007, a repercussão internacional e as críticas recebidas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro particularmente advindas de importantes órgãos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), sobre o elevado número de mortos decorrentes de uma política de confronto, oriundos das ações das forças repressivas estatais — especialmente na megaoperação I em junho de 2007 — perpetrada no Complexo do Alemão, batizada pelos coletivos de direitos humanos de "Chacina do Pan", causaram constrangimento.

Nessa esteira, de acordo com Jailson Souza e Silva, esse foi o ponto culminante da política de segurança tradicional, que revelou o fracasso do modelo de enfrentamento até então vigente. Posto que, logo depois, surgiu a

necessidade de um processo de revisão da estratégia de segurança pública a ser adotada no Estado do Rio de Janeiro (SOUZA e SILVA, 2012:423 a 424). Então, esses elementos corroboraram a criação e implantação das UPP, uma outra forma de gestão da segurança pública sem a opção do embate declarado.

Na mesma linha Machado ratificou que:

"em fins de 2008, alegadamente visando pôr um freio na letalidade dos confrontos entre traficantes e entre estes e a polícia, começou a ser desenvolvido um novo programa de policiamento nas favelas, denominado UPP" (MACHADO DA SILVA, 2009).

Portanto, as UPP nasceram como fruto invertido da truculência, a qual exagerava na explicitação da violência, no controle das "classes perigosas" e dos territórios da pobreza. Em entrevista, Rafael Dias e Isabel Mansur explicitaram que a proposta de pacificação significou uma inflexão, uma reconstrução na organização do policiamento. Pois, segundo os dois representantes, ocorreu uma mudança de planos, em razão do desgaste político causado (DIAS e MANSUR, 2013).²⁰

Para Mello e Cunha, a ingerência deste modelo de política pública no plano da segurança foi arquitetada como um estratagema de controle, correspondente à escolha do Estado do Rio de Janeiro para sediar os mais importantes megaeventos do calendário internacional, no âmbito esportivo, em 2014 e 2016 (MELLO e CUNHA, 2012:440). Nessa seara, as UPP não se distribuem igualmente no espaço, radicam-se em pontos estratégicos da Zona Sul, da Zona Norte e da Oeste, ao longo da trajetória do circuito dos eventos mundiais, reforçando a elevação dos preços dos imóveis da região, através do aquecimento do mercado imobiliário, pela valorização financeira das áreas e especulação imobiliária. "A pacificação repressiva e a valorização imobiliária têm atraído a classe média e até mesmo estrangeiros interessados em comprar casas em pontos turísticos do Rio" (BOTELHO, 2013: 209).²¹

Nesse prisma, de acordo com Luiz Antonio Machado da Silva, cabe uma crítica no que diz respeito ao próprio horizonte manifesto das UPP. Pois esta experiência de policiamento de aproximação foi elaborada para atuar em determinado lugar. Foi dirigida às favelas e não ao conjunto da cidade. Com isso, sinaliza o aspecto particularista e segregatório das UPP, que funcionam como dispositivo de controle dos territórios da pobreza (DA SILVA, 2009). Porém, não se situam em todas as favelas, e sim apenas nas localizadas em áreas de interesse urbano, pontos relevantes ao poder público, em razão do papel econômico, comercial e turístico. Ou seja, apenas certos espaços serão alcançados pelas UPP, que têm atuação diferenciada.

Foi assim que desde o final de 2008, o Governo do Estado elaborou seu projeto de cidade, como esclareceu Márcia Leite, mediante a revitalização e privatização de pontos táticos. Desenhou um mapa de investimentos, nas áreas nobres da cidade, com um modelo de polícia de proximidade dirigido às suas favelas adjacentes, para exercer controle sobre estes territórios (LEITE, 2012). Entretanto, localidades como o Complexo do Alemão, em princípio estavam fora desta cartografia.²² Contudo, o episódio da queima de carros e ônibus em 2010, cuja ordem supostamente teria partido do sistema penitenciário, de integrantes do Comando Vermelho, mudaria o rumo da distribuição das UPP, que atingiria o Alemão.²³

Contudo, como alerta Machado, o número de policiais é insuficiente para alcançar todas as áreas, ou seja, possuem uma abrangência limitada e seria inexecutável uma extensão universalista multiplicadora das UPP. Além disso, paira uma dúvida no que tange à continuidade do modelo de segurança pública adotado, da polícia de proximidade nas favelas cariocas. Há uma desconfiança de que, com a mudança de Governo, após a realização dos megaeventos, que se finalizam em 2016, seja encerrado ou transformado o tipo de policiamento adotado pelas UPP. Há indefinição política quanto a isso (DA SILVA, 2009). No mais, revela-se infactível a extensão do programa das UPP de acordo com a demonstração do aspecto dos gastos públicos, ou seja, do custo elevado que abocanha uma larga fatia do orçamento do Estado.

Vale lembrar que, embora oficialmente o Governo confira à UPP a expressão de uma formulação original, fruto de um novo modelo de policiamento de aproximação, no Estado do Rio de Janeiro, este surgiu, efetivamente, durante o Governo Brizola (1982-1987 e 1990-1995), com o Centro Integrado de Policiamento Comunitário (CIPOC), na Cidade de Deus, sob os auspícios do Coronel Carlos Magno Nazaré Cerqueira, além do Posto de Policiamento Comunitário (PPC), sob a égide do até então Vice-Governador Nilo Batista que assumiu (1994-1995). Mais adiante, foi instituído em 2000, pelo Governo Garotinho, o Grupo de Policiamento para Áreas Especiais (GPAE). Daí, Oliveira rechaçar a ideia de que "usar a polícia para combater o crime é fazer algo inteiramente novo. [...] Pois a UPP é a imagem UPP" (OLIVEIRA, 2013:26).

Thiago Melo traceja aspectos presentes em programas das rotinas do policiamento comunitário: "'parceria com a comunidade', 'prioridade na prevenção da criminalidade', 'controle da desordem urbana', 'enfrentamento do medo difuso na comunidade', 'parceria com outros órgãos públicos e instituições da sociedade civil', 'mediação de conflitos', 'prestação de políticas sociais focalizadas associadas à segurança pública'". Mas reforça a ideia de que a diferença mais significativa entre as aplicações, em diferentes governos, reside na substituição ou não da lógica participativa comunitária. O autor lembra esta

participação na efetivação apenas no CIPOC, mediante um Conselho Comunitário de Segurança (CCS), no Governo Brizola. Mais adiante, somente no plano teórico, no GPAE, do Governador Garotinho sendo posteriormente substituída no Governo Cabral por uma lógica de mera "proximidade" entre a população local e os policiais, visando à troca de informações, mais especificamente delações (MELO, 2009).

Nessa linha, Machado alerta para o risco de a UPP passar a ocupar o lugar das Associações de Moradores, as quais já estão enfraquecidas tanto externa quanto internamente. Uma vez que já se constata o esvaziamento da capacidade de mediar entre os favelados e a vida pública. Afinal, as Associações de Moradores das favelas têm, paulatinamente, perdido o apoio político dos próprios moradores e se desarticulam, questão aliada à dificuldade de mobilização social, especialmente para reuniões coletivas. Assim, perdem legitimidade. Em contraste, forma-se uma lacuna, a qual tem sido preenchida por agentes policiais. "Agora, os moradores cada vez mais dirigem-se a eles para demandar recursos que anteriormente eram considerados da alçada das Associações. Isso leva as UPP à obtenção de um novo tributo de mediação política" (MACHADO, 2009). Em variadas ocasiões, os Comandos das UPP buscam obstaculizar a representação das organizações de base dos favelados, que se colocam para além das associações de moradores. Dessa maneira, estes mencionados comandos passam a exercer uma espécie de mediação política, muito estratégica nas zonas de segregação sociais, pelo preenchimento dos papéis de gerenciadores, entre o Estado e os moradores favelados (LEITE, 2012:385).

Além disso, não se pode considerar a questão do policiamento comunitário como algo consensual, uniforme e homogêneo. Pois existem diversos enfoques e modelos a serem adotados, além de orientações díspares na coordenação de diretrizes e orientações às forças repressivas estatais. Nessa linha, Vera Malaguti Batista adverte que se deve tomar cuidado com o entusiasmo acrítico frente às UPP. Alega que o programa das UPP tem afinidades com o modelo de segurança pública "tolerância zero", que aposta no combate à desordem urbana e na perseguição aos pequenos delitos, através da repressão aos segmentos mais pauperizados da sociedade. Argumenta que o Governo prossegue investindo prioritariamente em uma política de segurança pública militarizada, caracterizada pelo elevado quantitativo de letalidade produzida por policiais, seja no varejo ou no atacado das megaoperações. A autora firma sua preocupação com a dualização da cidade, que é reforçada. Uma vez que, segundo o Governo, os territórios que precisam ser pacificados são apenas os territórios da pobreza, como se a favela fosse o *locus* do crime e o alvo das políticas de controle (BATISTA, 2012).

De acordo com Thiago Melo, a questão das UPP não reside na promoção da segurança dos moradores de favelas, mas na tranquilidade das classes altas

pois os favelados são subordinados, afinal "a UPP funciona como instrumento de domesticação dos habitantes locais. Regula o cotidiano, inibe condutas, atua de modo invasivo, pela absolutização da vigilância. Fere a privacidade e desrespeita os direitos civis" (MELO, 2009). "Como dispositivo de manutenção da ordem, nos territórios de pobreza, as UPP se regulam por práticas de mero cumprimento de ordens superiores, com nítido viés autoritário" (DA SILVA, 2009). Afinal, consubstanciam um "dispositivo mais sutil e eficaz de controle político-militar das favelas" (ALVARENGA FILHO, 2013:48).

As UPP integram um programa conjuntural de governo, e, como pontua Márcia Pereira Leite, configuram dispositivos de exceção e disciplinarização, que almejam "civilizar" os moradores segregados. Modelam a constituição do favelado em futuro cidadão através da sua disciplinarização, no sentido de negar-lhe formas de sociabilidades locais para submetê-lo às práticas "civilizadas". Desse modo, diversos são os recursos empregados, como: regulamentos, medidas administrativas e práticas policiais, que pervertem as reivindicações populares, desqualificando-as, por exemplo, as festividades, os bailes funks, o som alto, os eventos culturais, os encontros ao ar livre, mediante uma espécie de reedição da proposta dos parques proletários, com o escopo de civilizar os moradores das favelas. Nessa linha, a autora sugere a noção implícita incutida na pacificação (LEITE, 2012:386).

Como aponta Vera Malaguti Batista, o termo pacificação não é recente. Sua expressão cunhada foi apropriada ao longo da história do Brasil, empregada em decorrência dos massacres, ocorridos durante o século XIX, na década de 1950, que designava a atuação de controle e repressão da instituição do Império Brasileiro. Com efeito, nas favelas pacificadas, ocorre um controle minucioso da movimentação pela gestão policial da vida dos seus moradores. Trata-se do tipo de polícia atuante nas favelas (BATISTA, 2011b:99). Segundo denota Maria Helena Moreira Alves, não está totalmente claro o significado do termo pacificação. Na história colonial, este termo havia sido ligado a estratégias de controle e até mesmo de morte de grupos étnicos particulares. Recentemente, a palavra havia sido usada para descrever a estratégia de controle do inimigo com forte apoio comunitário, como foi experimentado nos Estados Unidos no Programa de Aldeias Estratégicas durante a Guerra do Vietnã (ALVES e EVANSON, 2013).

O uso das forças repressivas através das UPP atrela-se a outra face do Estado Policial, de patrocínio de ações sociais, que são convertidas à população favelada em troca da sua adesão ao modelo de segurança pública engendrado. Delineiam-se políticas públicas unilaterais, que não nascem de uma construção coletiva, marcada pela participação popular, por meio das Associações de Moradores e dos Conselhos Comunitários. Desse modo, policiais conduzem

os serviços públicos a serem prestados, no campo da educação, da saúde, da cultura e dos esportes. De modo vertical, atipicamente, são oferecidas promessas de melhorias nos serviços públicos, e não pelos respectivos órgãos públicos competentes, especializados em cada uma das áreas de atuação.²⁴

Consoante Machado, a implementação de ideias que se incorporam às práticas das UPP, por outras dimensões menos explícitas do controle social, têm sido denominadas UPP 'social'. Trata-se de um dispositivo político que canaliza as demandas sociais dos territórios da pobreza, especialmente das favelas, que se tornou um importante elemento da esfera pública (DA SILVA, 2009). Como revela Leite, a combinação da UPP militar e da UPP social não vem atendendo à expectativa dos moradores de favela, em decorrência da restrita efetividade da UPP social, na articulação entre as instituições estatais, acerca dos serviços prometidos (LEITE, 2012:384). Machado alega que quanto às UPP sociais, o conteúdo substantivo de suas práticas permanece ainda nebulo-so. Pois, tudo o que se sabe é "da proposta de criar um braço 'social' acoplado à implantação das UPP 'militares'" (DA SILVA, 2009). Além disso, a atuação dos aparelhos do Estado, por via das UPP, mesmo as sociais, nas favelas, pode ser verificada pela intensificação da regulação das relações sociais.²⁵

Merece atenção o fato de que as UPP produziram uma nítida redução nos índices de letalidade, além da diminuição dos confrontos armados entre traficantes e policias, e entre os próprios traficantes. Mas para o repertório dos direitos humanos, ao menos causa estranheza o fato de que um Governo com elevado número de mortes produzidas por autos de resistências, por ações policiais, privilegie um paradigma de intervenções policiais negociadas e de contenção do uso da força. Pois, no panorama da política de segurança pública em voga no Estado do Rio de Janeiro, o policiamento de proximidade é, para Thiago Melo, um momento parcial e pontual da mesma política de guerra gestada (MELO, 2009). Além disso, necessita também de atenção o fato de que se com a entrada da UPP verificou-se uma significativa redução da letalidade policial, por autos de resistência; por outro lado, isso não ocorreu em razão do número de desaparecidos, que aumentaram exponencialmente, consoante estudos recentes de Fábio Araújo (ARAÚJO, 2012) e dos próprios dados apresentados pelo Instituto de Segurança Pública (ISP).²⁶

Vale frisar que a criminalidade relacionada à atividade do tráfico de drogas ilícitas não se desloca das áreas de segregação socioeconômicas. Apenas toma outra dimensão, se reconfigura, transmuda-se para um tráfico de drogas espargido, "formiguinha", mais discreto, como o que já vinha ocorrendo desde a ocupação pelo Exército no Complexo do Alemão.²⁷ Certamente, com as UPP o *modus operandi* do tráfico de drogas sofre uma metamorfose, dilui-se sorrateiramente, passa para uma comercialização itinerante e pulverizada. Pois, das

megaoperações, à ocupação das Forças Armadas e até a sua substituição pelas UPP, houve continuidade da atividade do tráfico de drogas, que conservou-se, embora de maneira mais discreta, inclusive no que tange à ostentação das armas. "O tráfico permanece vivo nas favelas, ainda que sem ostentação de fuzis ou armas de grosso calibre".²⁸

Deve-se atentar para o grau de engajamento dos policiais nas atividades das UPP, sua forma de adesão ou afastamento diante das práticas. Logo, conforme Luiz Antonio Machado da Silva, "a maioria do contingente policial, dos baixos escalões, prefere o patrulhamento rotineiro tradicional, pois seus agentes ficam desconfortáveis nas UPP" (DA SILVA, 2009). Nessa órbita, vale acrescentar os estudos de Bárbara Musumeci Soares, desenvolvidos no CESEC-UCAM (SOARES, 2011), acerca do que pensam os policiais de UPP, corroborando a última assertiva.²⁹ Mello e Cunha alertam para o padrão de atuação policial, sobretudo nas favelas, "historicamente caracterizado pelo uso da violência, abuso de autoridade, desrespeito aos moradores, como invasão de residências sem mandado judicial em busca de eventuais suspeitos" (MELLO e CUNHA, 2012:442). Porque, para os policiais, os favelados são "bandidos em potencial", criminosos.

Contudo, "a adesão dos policiais aos princípios gerais tem sido difícil e por vezes reticente. [...] Em relação às UPP, são crescentes as denúncias e reclamações de corrupção" (DA SILVA, 2009). Embora haja até uma tentativa de contenção desta prática, um esforço no sentido de moralização do comportamento dos agentes policiais das UPP, mediante constantes concursos, que almejam o recrutamento de novos policiais, com o escopo de impedir que velhas práticas impregnem os trabalhos. Mesmo assim, há um tensionamento entre a relação dos policiais e dos moradores de favela.³⁰

Machado adverte que as UPP funcionam por experiências autônomas, posto que não há homogeneidade e integração na atuação de seus agentes. Ocorrem múltiplas organizações de funcionamento, de práxis, ou seja, existem diferenças concretas nas suas ações que deveriam ser uniformizadas. Apenas coexistem objetivos gerais, os quais são compartilhados como: a meta de reduzir a letalidade nas favelas e a ampliação do grau de civilidade. Assim, o autor chama a atenção para o impacto das UPP na configuração da sociabilidade no Rio de Janeiro (DA SILVA, 2009).³¹

Jailson adverte que se o Estado não reconhecer o pressuposto das favelas como espaço coletivo de morada, em processo iniciado com as UPP, destruirá a riqueza de suas experiências de criatividade, de invenção de formas alternativas de se viver a cidade. Daí, a preocupação com a força do capital agindo livremente nas favelas, com as leis de mercado estabelecendo de forma imediata as mesmas regras dos bairros para as favelas – no que tange à regulação das

atividades, licenciamentos, legalização dos negócios e cobrança de impostos, pois o autor teme uma remoção invisível dos favelados. Afinal, aponta que, na favela, o verdadeiro valor da propriedade não reside no seu valor de troca, ou de mercado, mas no valor de uso, consoante sua função social de moradia (SOUZA e SILVA, 2012:429). Nessa esteira, Barreira comenta que "a implantação de UPP é acompanhada de cobranças de serviços que inviabilizam a manutenção de muitas moradias. A política de 'pacificação' age como um elemento de produção do deslocamento da pobreza" (BARREIRA, 2013:162).

Com as UPP e a entrada de novos serviços, bem como de sua regulação, despontam novos conflitos entre o Poder Público e os favelados, em decorrência de novas práticas sociais que são impostas, pela reordenação do espaço e readaptação à nova realidade. Todavia, deve ser levado em conta o perfil de renda da população da favela, no tocante à cobrança de novos serviços e tributos, pois isso tem gerado também – aliado à chegada das UPP – uma elevação no custo de vida e uma valorização do imóvel que inviabilizam o direito de moradia dos favelados. Assim, a regulação urbanística e fundiária, com a cobrança de impostos e outras tarifas, ameaça a extensão do direito à cidade aos favelados. Nesse contexto, Mello e Cunha advertem acerca dos cuidados com a transformação das favelas, particularmente, as localizadas na Zona Sul, por meio dos processos de gentrificação (MELLO e CUNHA, 2012:469 e 470). Além disso, no plano das reformas urbanas, parte significativa das "melhorias previstas não abarcam o conjunto da cidade, embora os custos sejam socializados" (BARREIRA, 2013:160).

Consoante o repertório dos direitos humanos, as UPP representam uma "gestão" policial dos territórios. Nas palavras de Felipe Brito,

"essa 'gestão' condensa política de segurança pública (em perspectiva militarizada) e política de intervenção urbana. Pois as UPP consagram o paradigma da 'segurança como porta de entrada da cidadania', conferindo não só sustentação, mas também e especialmente o acionamento da 'cidadania'. É a polícia que funciona como agente de transformação social" (BRITO, 2013:81).³²

De acordo com Felipe Brito, a UPP se legitima como pacificação (armada) enquanto projeto antitético ou alternativo ao modelo de "confronto aberto", típico de uma política voltada para a "guerra às drogas", algo mais ou menos caracterizável como "UPP versus Caveirão" (BRITO, 2013:113). Entretanto, tratam-se de dois modelos que coexistem na medida em que se complementam. Afinal, a UPP funciona sempre como uma etapa posterior à atuação armada, do confronto bélico. Assim, na atual gestão de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, o modelo de enfrentamento e o modelo de proxi-

midade arquitetam-se como duas faces de uma mesma moeda (PEDRINHA, 2011).^{33, 34}

Doravante, entre as principais críticas trazidas a lume, inscrevem-se as violações de direitos humanos, cometidas contra as populações faveladas sob a gestão das UPP, que abrangem ofensas, humilhações, proibições de realização de eventos, revistas abusivas, constrangimentos ilegais, furtos, danos, torturas, lesões corporais e mortes.³⁵ No Complexo do Alemão, em julho de 2012, ou seja, menos de uma semana após a implantação da UPP na favela Nova Brasília, agentes da localidade foram acusados por moradores de agirem de maneira violenta, insultando e agredindo as pessoas.³⁶

Nessa mesma ocasião, os policiais das UPP tentaram desestimular as denúncias dos moradores, bem como suas formas de protestos, individuais e coletivos. Então, aplicaram de modo irrestrito, tipificações criminais aos comportamentos de insatisfação dos moradores. Nesse sentido, cumpre notar os registros dos crimes de "desacato" (com fulcro no artigo 331, do Código Penal) e crime de "desobediência" (com previsão no artigo 330, do Código Penal). Tais tipos penais eram imputados contra quem se manifestasse contrariamente às determinações dos agentes da UPP, ou reagisse em face dos excessos cometidos. Não é sem motivo que aumentou significativamente o número dos registros dessas duas modalidades de "crimes" impetrados por policiais nas delegacias próximas a áreas onde estão implantadas UPP, com destaque para as favelas do Complexo do Alemão e da Penha, Rocinha e Vidigal. Trata-se de uma nítida criminalização da pobreza.

Em dezembro de 2012, conforme reportagem do Jornal "A Nova Democracia", no Complexo do Alemão, dois jovens foram mortos por policiais da UPP. As testemunhas informaram que depois de feridos, os jovens Wallace de Souza e Joseph Alexandrino, ambos com menos de vinte anos, foram executados por dois policiais militares.³⁹ A manchete declarou: "jovens são executados por PM da UPP no Complexo do Alemão".⁴⁰ Em maio de 2013, Wagner Luiz da Silva denunciou policiais da UPP do Alemão de agirem com truculência na abordagem de revista, o humilharem, e ainda efetuarem dois disparados contra ele, que se encontrava com a esposa e a filha no momento da ofensiva. Neste episódio, Wagner foi alvejado e um dos disparos o atingiu na mão direita. Esse fato ensejou uma confusão entre policiais e moradores na região da Grota. Já a versão policial acusou moradores de tentarem desarmar um militar.⁴¹

No Complexo do Alemão, em julho de 2013, Abraão Maximiano, um jovem de apenas quinze anos de idade, foi morto por policiais da UPP. A Rede de Comunidades contra Violência ressaltou que estes são os casos que se tornaram públicos, pois a maior parte das famílias nem mesmo chega a fazer denúncias por medo de represálias da polícia.⁴² O jornal "O Globo" noticiou

que um funcionário do Vasco da Gama foi baleado por um policial da UPP no Complexo do Alemão. A ação teria ocorrido por engano. O funcionário desabafou: "esses policiais tratam todo mundo como vagabundo". A Nesse mote, o Conselho Estadual de Direitos Humanos assegurou ter recebido relatos contendo graves denúncias de moradores do Complexo do Alemão, acerca do cometimento de três sequestros realizados por policiais da UPP. Consoante a manchete do jornal O Globo constou: "Conselho diz ter relatos de supostos sequestros feitos por policiais de UPP". A respeito do assunto, a Assessoria da UPP alegou que não se manifestaria, salvo se ocorresse alguma formalização da denúncia. 44

A respeito do controle dos policiais das UPP nos comportamentos dos moradores de favelas sobre a participação destes em festas, bailes e eventos culturais, foram constantes as queixas desde 2012. Nesse sentido, em apoio à população, o Presidente da Associação dos Profissionais e Amigos do Funk (APA-Funk) defendeu os bailes, mas sugeriu que acontecessem em clubes. De acordo com o Presidente, Mano Teko, há muita incoerência, uma vez que em certas localidades as festas são liberadas, e, em outras não são permitidas, a exemplo de Fallet-Fogueteiro-Coroa. Emendou: "um baile nessa comunidade foi cancelado recentemente. Tentamos falar com o responsável, descobrimos que era o mesmo capitão que havia comandado outras UPP, onde tivemos problemas em eventos". 45

No Complexo do Alemão, com a UPP, inicialmente não tinha baile. Porém, cerca de menos de um mês após a sua instalação, os bailes voltaram a ser realizados. Foi criada por moradores, no Facebook, desde junho de 2012, e atualmente, no dia 26 de janeiro de 2013, uma página intitulada "Queremos Baile no Complexo do Alemão", para aproximar os interessados e informá-los, convocando os moradores, bem como visitantes, a participarem das festividades. O Governador Cabral, em um vídeo autorizou as festas. Então, a população local soltou fogos para comemorar o retorno dos bailes. A partir do dia 25 de agosto, a página passou a publicar fotos que comprovam que as festas estavam acontecendo, incentivando a participação de todos. 46

Assim, nos dias de hoje, persistem dificuldades no que tange à atuação das UPP, pelo rigoroso controle exercido nas zonas de segregação socioeconômicas. Bem como em 2013, o caso Amarildo trouxe à tona possíveis conexões de policiais das UPP com os desaparecimentos de moradores de favelas. Desse modo, foi quebrado o mito do fim da letalidade com as UPP. Mais adiante, em 2014, foram vários os atentados à UPP, inclusive no Complexo do Alemão, que culminaram com a morte de policiais, traficantes e moradores que romperam com a ilusão de um modelo de aproximação com os moradores e de tranquilidade pelo policiamento de proximidade.

3. Notas

¹ Doutoranda em Sociologia Criminal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA-Argentina). Mestra em Criminologia e Direito Penal pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Criminologia pela Universidade de Havana (UH-Cuba). Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNI-RIO). Professora e Coordenadora da Pós-graduação em Criminologia, Direito e Processo Penal da Universidade Candido Mendes (UCAM). Professora Convidada de Direito Penal da Pós-graduação da Fundação Getulio Vargas (FGV). Professora Convidada de Direito Penal das Pós-graduações de Saúde e Gênero da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Professora Concursada de Criminologia do Ministério de Justiça (MJ). Professora Convidada de Sociologia Criminal dos Cursos de Formação da Academia Nacional de Polícia do Departamento da Polícia Federal (ANP--DPF-Brasília). Professora Convidada de Criminologia da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj); e Criminologia da Academia de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (Acadepol). Ex-avaliadora da Banca de Direito e Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Rio de Janeiro (OAB-RJ). Advogada.

² Destaca-se que foi firmado um convênio com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, através de aulas de Sociologia, Antropologia, Teoria da Polícia Comunitária e Estatística, para reaproximar a Polícia da população. Além disso, o Governo do Estado do Rio de Janeiro está investindo quinze milhões na quali-

ficação da Academia de Polícia, para que, até 2016, sejam formados sessenta mil policiais no Estado.

³ De acordo com entrevista exclusiva, realizada ao Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, que respondeu apenas por email, através da Assessoria de Comunicação da Secretaria, em dezembro de 2013, "o modelo de policiamento de proximidade que resultou nas atuais UPP foi planejado no início da atual gestão. [...] E conta, até o presente momento, com trinta e seis UPP em duzentas e cinquenta e duas comunidades, que beneficiam direta e indiretamente uma população de um milhão e meio de habitantes". Em 2014, no primeiro trimestre, o número já aumentou para trinta e oito UPP. Ao ser indagado acerca das razões de somente existirem UPP em favelas; respondeu tratar-se de um "modelo de policiamento de proximidade, planejado para aglomerados urbanos ou conjunto de comunidades onde há a presença ostensiva do tráfico com armas automáticas e cerceamento do direito de ir e vir dos moradores, cuja principal mudança é substituir as operações pontuais, esporádicas e violentas por uma ocupação cuja atuação policial é pautada pela proximidade com os moradores" (BEL-TRAME, 2013).

⁴ Deve-se recordar que o Rio de Janeiro possuiu o mais importante calendário de grandes eventos internacionais, na segunda dezena do século vinte e um, com a Rio+20 (2012), a Copa das Confederações (2013), a Jornada Mundial da Juventude (2013), a Copa do Mundo de Futebol (2014) e os Jogos Olímpicos (2016). Nesse rumo, no campo da segurança pública, entrou em cena o maior projeto do Governo do Estado do Rio de Janeiro, as UPP, com a finalidade de

ocupação estratégica das favelas cariocas, situadas nas zonas limítrofes à realização das atividades dos eventos. De acordo com órgãos oficiais, a principal meta da UPP consubstancia-se na retomada de territórios controlados por traficantes de drogas ilícitas, onde o Estado antes não entrava, pela expulsão destes e implantação e fixação de policiamento na localidade, com a posse do território. Portanto, das megaoperações às UPP permaneceu o objetivo da "reconquista do território", mas agora impedindo o domínio armado de traficantes. As UPP significam um ponto de inflexão no que tange à estratégia vinculada à segurança pública, que surtiu uma modificação no modo de gestão estatal dos territórios.

⁵O Governador do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o que dispõe os incisos I e VI do art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o art. 24, inciso VIII, do Decreto-Lei nº. 220, de 13 de julho de 1975, e, considerando que a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro necessita de uma tropa especializada e tecnicamente preparada e adaptada para a execução de ações especiais concernentes à pacificação e manutenção da ordem pública nas comunidades carentes. Art. 1º Fica criada, na estrutura da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (Pmerj), subordinada ao Comando do Estado Maior, a Unidade de Polícia Pacificadora (UPP), para a execução de ações especiais concernentes à pacificação e manutenção da ordem pública nas comunidades carentes. Art. 2º O Secretário de Estado de Segurança editará ato disciplinando a execução das ações especiais de que trata o art. 1º deste Decreto e estabelecendo os requisitos necessários para a lotação de Policiais Militares na Unidade de Polícia Pacificadora (UPP).

Art. 3º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

⁶ A UPP teve como sua primeira Comandante a Major Priscila de Oliveira Azevedo, que foi uma das vencedoras do prêmio internacional: "Mulheres de Coragem 2012", entregue pela Secretária de Estado dos Estados Unidos da América, Hillary Clinton, em Washington, DC, no dia 8 de março de 2012.

⁷O Secretário Beltrame afirmou que não tinha intenção de levar naquela ocasião a UPP ao Complexo do Alemão e ao Complexo da Penha. Nas suas palavras: "o nosso trabalho não era um trabalho de UPP, isso que as pessoas não sabem, nós não queríamos fazer". Ao ser indagado acerca da motivação de ter levado todo o contingente da UPP para o Complexo do Alemão, enquanto tantas favelas não foram "pacificadas"; o Secretário ponderou: "aí é que está a diferença: como o Exército ficou lá, eu pude manter a sequência de formatura. Precisava formar mais policiais. [...] Nós não fomos fazer uma UPP lá. [...] Mas eu não podia perder a oportunidade de fazer isso" (BEL-TRAME apud VERENA, 2010). Vale conferir a entrevista realizada por Verena Brähler ao Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, José Mariano Beltrame, realizada em 23 de agosto de 2012. José Mariano Beltrame, State Secretary of Security in Rio de Janeiro. Personal interview by Verena Brähler. 23 August 2012. Unpublished work, University College London.

⁸ Inicialmente, em 28 de novembro de 2008, foi instalada a primeira UPP, em Botafogo, na Favela Santa Marta (Zona Sul); em 16 de fevereiro de 2009, a segunda na Cidade de Deus, em Jacarepaguá (Zona Oeste); em 18 de fevereiro de 2009, a terceira em Jardim Batan, em Realengo (Zona Oeste); em 10 de junho de 2009, a quarta nos morros Babilônia/ Chapéu-Mangueira, no Leme (Zona Sul); em 23 de dezembro de 2009, a quinta no Cantagalo-Pavão-Pavãozinho, em Ipanema (Zona Sul); em 14 de janeiro de 2010, a sexta na Ladeira Tabajaras/ Morro dos Cabritos, em Copacabana (Zona Sul); em 25 de abril de 2010, a sétima no Morro da Providência, no Santo Cristo e na Gamboa (Centro); em 7 de junho de 2010, a oitava no Morro do Borel, na Tijuca (Zona Norte); em 1º de julho de 2010, a nona no Morro da Formiga, na Tijuca (Zona Norte); em 28 de julho de 2012, a décima no Morro do Andaraí, no Andaraí (Zona Norte); em 17 de setembro de 2010 a décima primeira no Morro do Salgueiro, na Tijuca (Zona Norte); em 30 de setembro a décima segunda no Morro do Turano, na Tijuca e no Rio Comprido (Zona Norte); em 30 de novembro de 2010, a décima terceira no Morro dos Macacos, em Vila Isabel (Zona Norte); em 31 de janeiro de 2011, a décima quarta no Morro São João, Matriz e Quieto, no Engenho Novo (Zona Norte); em 25 de fevereiro de 2011, a décima quinta no Morro da Coroa, Fallet-Fogueteiro, no Catumbi (Centro); em 25 de fevereiro de 2011, a décima sexta, no Morro dos Prazeres e no Escondidinho, em Santa Tereza (Centro); em 17 de maio de 2011, a décima sétima, no Morro de São Carlos, no Estácio (Centro); em 18 de junho de 2011, a décima oitava, no Morro da Mangueira e no Morro do Tuiuti, em São Cristóvão (Zona Norte); em 18 de janeiro de 2012, no Vidigal (Zona Sul); em 18 de abril de 2012, na Nova Brasília (Zona Norte); em 18 de abril de 2012, na Fazendinha (Zona Norte); em 11 de maio de 2012, no Adeus e Baiana (Zona Norte); em

30 de maio de 2012, no Complexo do Alemão (Zona Norte); em 27 de junho de 2012, Chatuba (Zona Norte); em 27 de junho de 2012, em Fé e Sereno (Zona Norte); em 28 de agosto de 2012, no Parque Proletário (Zona Norte); em 28 de agosto de 2012, na Vila Cruzeiro (Zona Norte); em 20 de setembro de 2012, na Rocinha (Zona Sul); em 16 de janeiro de 2013, no Jacarezinho (Zona Norte); em 16 de janeiro de 2013, em Manguinhos (Zona Norte); em 12 de abril de 2013, na Barreira do Vasco e no Tuiuti (Zona Norte); em 12 de abril de 2013, no Caju (Zona Norte); em 3 de junho de 2013, no Cerro Corá (Zona Sul); em 6 de setembro de 2013, em Arará e Mandela (Zona Norte); em 2 de dezembro de 2013, na favela do Lins, Camarista e Méier (Zona Norte). Este trabalho encerrou a análise em 2013, mas vale lembrar que mesmo em 7 de fevereiro de 2014 foi instalada UPP no Complexo da Mangueirinha e em março de 2014 em Manguinhos, com nova ação das Forças Armadas, mediante autorização da Presidenta Dilma Rousseff. Disponível em: www.upprj.com/index.php/historico. Acesso em: dezembro de 2013.

- ⁹ Disponível em: <www.estadao.com. br/noticias/cidades,beltrame-voltara-a--defender-a-criminalizacao-de-jogo-do--bicho-no-brasil,841761,0.htm>. Acesso em: nov. 2013.
- ¹⁰ Disponível em: http://colunas.revistaepoca.globo.com/ofiltro/2011/09/08/upp-do-alemao-sera-instalada-em-marco-de-2012-diz-beltrame. Acesso em: nov. 2013.
- ¹¹ Assim, no Complexo do Alemão, somente após a sua ocupação militar pelas Forças Armadas, é que ocorreu a implantação das UPP nas localidades de: Nova

Brasília, Fazendinha, Grota e Areal; além de Vila Cruzeiro no Complexo da Penha. Então, o Governador Cabral, em 30 de maio de 2012, inaugurou a UPP do Complexo do Alemão, e advertiu: "temos de estar sempre atentos, pois há deveres e direitos dos dois lados. A comunidade, cada vez mais, está consciente disso. E os nossos policiais também. Eles foram formados dentro do conceito de uma Polícia de aproximação, que não se limita apenas às ações de segurança pública. Que Deus nos ilumine nesta campanha que avança a cada dia, que é a de trazer a paz". Disponível em: <www.rj.gov.br/ web/imprensa/exibeconteudo; jsessionid =C1FE53A72E922E13611278070E51 7EFF.lportal2?p_p_id=exibeconteudo_ I N S T A N C E _ 2 w X Q & p _ p _ lifecycle=0&p_p_state=pop_up&p_p_ mode=view&_exibeconteudo_ INSTANCE_2wXQ_struts_action=%2 Fext%2Fexibeconteudo%2Fview&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_ groupId=103138&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_articleId=943213&_exibeconteudo_ INSTANCE_2wXQ_viewMode=print>. Acesso em: dez. 2013. Em 9 de julho de 2012, em inauguração de nova UPP do Alemão, Cabral agradeceu ao empresário Eike Batista: "só havia um caminho para que vencêssemos a letargia que dominava o Estado. Eike Batista teve uma participação especial. A iniciativa privada deve participar do processo da construção da paz", relatou o Governador. Cabe revelar que o empresário arcou com a construção de duas unidades de apoio (as quais serviram de base administrativa e alojamento da tropa). A UPP da Fazendinha custou um R\$1.067 milhão, e a da Nova Brasília custou um R\$1.189 milhão. Disponível em: <www.jb.com.br/rio/noticias/ 2012/07/09/na-inauguracao-de-upps-

- -do-alemao-cabral-agradece-o-bilionario-eike-batista>. Acesso em: dez. 2013.
- ¹² Disponível em: http://noticias.uol.com. br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/07/24/ cabral-divulga-nota-de-pesar-apos-morte-de-pm-em-upp-do-alemao-policia-recebeu-6-denuncias.htm>. Acesso em: dez. 2013.
- ¹³ Disponível em: <www.jb.com.br/rio/noticias/2012/07/25/cabral-diz-que-ataque-a-upp-foi-terrorismo-e-nega-mudanca-na-seguranca/>. Acesso em: dez. 2013.
- ¹⁴ Disponível em: http://noticias.r7. com/rio-de-janeiro/noticias/upp-do-alemao-fecha-central-clandestina-de-tv-a-cabo-na-pedra-do-sapo-20121212. html>. Acesso em: nov. 2013.
- ¹⁵ Disponível em: <www.uppsocial.org/ 2012/06/alemao-pacificado-discute-a-cidade-integrada-no-forum-upp-social/>. Acesso em: nov. 2013.
- ¹⁶ Disponível em: <www.upprj.com/in-dex.php/acontece/acontece-selecionado/coordenadoria-de-policia-pacificadora-faz-acaeo-de-cidadania/CPP>. Acesso em: dez. 2013.
- ¹⁷ Disponível em: <www.rj.gov.br/web/im-prensa/exibeconteudo?article-id=1827563>. Acesso em: nov. 2013.
- ¹⁸ Disponível em: http://www.upprj.com/index.php/acontece-sele-cionado/baile-funk-da-paz-no-comple-xo-do-alemaeo-reune-quatro-mil-pesso-as/Nova%20Bras%C3%ADlia. Acesso em: novembro de 2013.
- ¹⁹ Disponível em: http://gov-rj.jusbra-sil.com.br/politica/104247817/upp-alemao-encerra-colonia-de-ferias-com-visita-ao-jardim-zoologico. Acesso em: novembro de 2013.

²⁰ Entrevista realizada por Roberta Duboc Pedrinha a dois membros da ONG Justiça Global: Rafael Dias e Isabel Mansur, em 25 de setembro de 2013.

²¹ "As UPP promovem, portanto, uma regulação armada de territórios considerados estratégicos para a realização desse modelo empresarial de cidade, uma regulação que é impulsionada, em grande medida, pelos megaeventos. [...] A escassa presença 'social' do Estado convive com a disseminação de um modelo de cidadania mediado pelo consumo" (BRI-TO, 2013:99-100). Na conjuntura dos megaeventos em que a cidade do Rio de Janeiro está inscrita precisa imprimir internacionalmente uma imagem positiva. Daí, a necessária ao menos aparência de redução da letalidade dos conflitos, que passa a se articular a toda uma restruturação urbana, que seja capaz, ao menos potencialmente, de conferir lucros. Para Barreira, "o primeiro passo dessa articulação é a 'pacificação' das favelas" (BAR-REIRA, 2013:144). Assim, "o consenso midiático em torno do ideal da 'Cidade Olímpica' faz com que grande parte da população não diretamente afetada veja com simpatia um projeto que, em sua essência, produz desigualdades e separações em larga escala" (BARREIRA, 2013:16 -162). Vale lembrar que, em 22 de janeiro de 2014, foi anunciado o custo de sete bilhões de reais para as olimpíadas, ultrapassando em 25% o custo estimado em 2008.

²² Havia uma mítica de que no Complexo do Alemão se situavam traficantes de drogas vindos de outras favelas, além da concentração de armas e drogas de uma das facções tidas pelo Governo como uma das mais perigosas: o Comando Vermelho. Lá ocorreu um caso de repercussão, como o do assassinato do jornalista

Tim Lopes, cuja autoria foi atribuída a Elias Maluco, integrante do Comando Vermelho, e que ganharia destaque na mídia.

²³ Todavia, o programa de extensão das UPP não poderia ampliar-se tanto, pois denota-se a inviabilidade da sua generalização para as cerca de mil e trezentas favelas cariocas, uma vez que isso seria impraticável do ponto de vista do número necessário de policiais treinados e capacitados. "Não há efetivo policial suficiente para ocupar o território em todos os lugares depois das incursões" (ALVES e EVANSON, 2013:205). Nesse rumo, vale rememorar que desde 2008 foi criada uma necessidade de ampliação dos quadros de policiais, situação que se agravou em 2010 e 2012. Assim, mais de dois mil novos policiais passaram a integrar o efetivo em 2010, designados só para o Complexo do Alemão, número que se elevaria em 2013 e em mais de trezentos policiais em março de 2014.

²⁴ Dessa maneira, as UPP ganham legitimidade no controle exercido nos segmentos mais vulneráveis da população. Afinal, "a fragilidade da condição de favelado encurta seu horizonte político, especialmente diante da promessa de que um controle policial pacífico será acompanhado da oferta de bens de cidadania" (MELO, 2009). Todavia, o controle territorial com alcance da dimensão política e assistencial da pobreza revela-se um equívoco, pois não cabe às UPP levar os serviços essenciais à população. Compete ao Estado efetivar os direitos fundamentais e o pleno exercício da cidadania, sem que esteja atrelado a um determinado tipo de policiamento.

²⁵ Desde que as UPP foram inauguradas, a notificação prévia passou a pautar o protocolo de entrada e ocupação das favelas, pela anunciação ampla da chegada da Polícia Pacificadora. Esta conduta visava inicialmente evitar confrontos diretos entre policiais e traficantes, na proporção em que deixava uma alternativa de fuga, ou seja, uma possibilidade de os traficantes saírem da favela. Em seguida, o Bope entraria em cena, fazendo uso do aparato bélico, com emprego dos blindados "caveirões da terra e do ar". Somente em um segundo momento, dar-se-ia a chegada da UPP. Porém, vale ressaltar que, em outras favelas, que não se inscreveram no circuito dos grandes eventos, e que, portanto, não foram vislumbradas com as UPP, as intervenções policiais transcorreram sem nenhum tipo de protocolo, sem o procedimento do aviso prévio e produziram resultados letais.

²⁶ Também as notícias de redução dos índices de criminalidade, anunciadas pelo Governo Cabral, não se refletiram nas estatísticas globais do Estado do Rio de Janeiro. Na medida em que às vezes ocorre a minoração de um determinado tipo de crime que antagoniza com a ascensão da ocorrência de outro crime. De acordo com Luiz Antonio Machado da Silva, "o aumento do controle repressivo pode provocar migração ou pulverização do crime e não necessariamente a sua redução" (DA SILVA, 2009).

- ²⁷ Disponível em: <www.youtube.com/ watch?v=qzsUmn7XsdM&feature=fvwr el>. (Jornal da Record)
- ²⁸ MARTINS, Rodrigo. Proteção pra quem? *Carta Capital*, São Paulo, n. 25, 16 nov. 2011.
- ²⁹ SOARES, Bárbara Musumeci et al. *Unidades de polícia pacificadora*: o que pensam os policiais? 2011. Disponível em: <www.ucamcesec.com.br/category/

estatisticas/dados-destaque». Acesso em: set. 2013. Nessa linha, o Oficial da Polícia Militar Antônio Carlos Carballo Blanco, assinalou que para muitos de seus colegas integrantes das forças policiais, não há identificação com as UPP, pois estas se vinculam às questões sociais. Entretanto, para eles, "isso não é trabalho da polícia. Trabalho da polícia é prender e atirar" (CARBALLO BLANCO apud ALVES; EVANSON, 2013).

30 Vale conferir a pesquisa realizada no Complexo do Alemão, direcionada a um grupo de moradores, alunos inscritos no Curso de Formação Popular em Direitos Humanos, em 2012, na Educap, que aceitaram participar de uma entrevista detalhada. Obteve-se como resposta, acerca da relação estabelecida entre os moradores e os policiais da UPP, após a ocupação militar que, em cerca de quase metade dos entrevistados, a relação com as UPP foi marcada também desde o seu início por apreensão por parte dos moradores, depois por um tensionamento constante, na proporção em que conviviam com encontros frequentes entre traficantes e policiais, mas muitas vezes estes últimos não reconheciam os primeiros. Porém, a iminência do reconhecimento sempre inquietou os moradores, pois cada momento poderia ter um desfecho violento. Além disso, denunciaram o controle frequente imposto pelos policiais das UPP, através de revistas físicas, constrangimentos, humilhações, proibições de realização de festas e bailes funks e uso excessivo de armas não letais. A entrevista foi realizada com apenas alguns dos alunos inscritos no Curso de Formação Popular em Direitos Humanos, promovido pelo Instituto dos Defensores de Direitos Humanos (IDDH) em parceria com a Educap, oferecido aos sábados de manhã, no Complexo do Alemão. Dos sessenta e quatro alunos inscritos, apenas vinte aceitaram responder ao formulário completo da entrevista fechada, com perguntas discursivas e objetivas. O Curso aconteceu em 2012 e a entrevista transcorreu em 2013. O Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da Assembleia Legislativa bosquejou diversas críticas às UPP, no tocante à uniformização de metas na implantação de seus modelos, que não se ajustam à heterogeneidade das favelas, que não são iguais. Questionou o fato de não haver mediação da sociedade civil. Nas palavras do Deputado: "As UPP não têm uma cultura de direitos. Destinam-se apenas a alguns territórios". Há uma seleção desigual, que produz obediência e restrição de direitos a alguns favelados, que se submetem ao controle das UPP, que outros indivíduos não se submetem. Nessa ótica, inscreve--se a impunidade dos crimes que lhes são perpetrados (FREIXO, 2013).

³¹ Consoante Machado é no mínimo estranho que a inspiração para a experiência das UPP esteja ligada à Colômbia, justamente quando o sucesso desta modalidade de policiamento dá mostras de estar declinando. Nessa linha, vale o alerta de que o Projeto da Colômbia já mostra sinais de regressão, com a volta do crescimento dos homicídios na cidade. Ou seja, a história de sucesso de Medellín começou a ruir, pois a violência já voltou a crescer. Após queda, entre 2002 e 2007, de 184 para 33,8 por 100 mil habitantes, a cidade viu a taxa de homicídios subir, chegando, a 94,5 em 2008. No Brasil, no primeiro ano das UPP, porém, o índice de homicídios por 100 mil habitantes no Rio manteve-se praticamente estável, de 34,7 a 34,6. Em Medellín, embora partindo de uma base mais alta, houve queda de 184 para 98,2 (DA SILVA, 2009).

³² A noção de gestão policial dos territórios também se conecta à de limpeza urbana. Como foi divulgado pelo Wikileaks em informações acerca da troca de telegramas sigilosos entre o Departamento de Estado Americano e o Cônsul-Geral dos Estados Unidos no Rio de Janeiro, Dennis W. Hearne (Conselheiro Político do Comandante-Geral das Forças Armadas dos EUA e Consultor de Combate no Afeganistão que visitou a UPP), referente à UPP, Hearne comparou-a às táticas de contrainsurgência executadas pelos americanos nas guerras do Afeganistão e do Iraque, ancoradas nas lições estratégicas de: "limpar, manter e construir", com a presença permanente das forças repressivas. "As operações 'contrainsurgentes' devem conter mecanismos de imantação social da massa de indivíduos com pouco ou nenhum dinheiro, e esses mecanismos funcionam sob o auspício das armas. [...] As UPP, pela intervenção armada, visam a população favelada e mantêm a posição iníqua e subalternizada que lhe foi destinada no edifício social" (BRITO; VILLAR; BLANK, 2013:220).

³³ Vale revisitar a declaração de Balestreri: "nós não queremos mais o modelo de uma polícia que só entra dando tiro, e sai dando tiro e depois tem de entrar de novo dando tiro. Nós queremos no Complexo do Alemão uma polícia que fique, que conviva e dialogue com a população". Ele afirmou que o Governo Federal somente repassaria a verba do Pronasci ao Governo do Estado do Rio de Janeiro mediante "um projeto de malha de polícia de proximidade no Complexo do Alemão" (BALESTRERI apud ALVES; EVANSON, 2013). Contudo, mesmo neste modelo de policiamento de proximidade persistiram, reiteradamente, as denúncias de violações de direitos humanos, que abrangeram desde os direitos civis dos moradores de favelas, às violências físicas praticadas contra eles, pelos agentes policiais lotados nas UPP (ABRAMOVAY, 2011).

³⁴ A análise dos dados de dezoito UPP revela que o número de homicídios teve uma redução de 68%. Todavia, o número de desaparecidos se elevou para 56%. A título de exemplo, na Cidade de Deus, um ano antes da inauguração da UPP, foram registrados dezoito casos de desaparecimentos. Logo, um ano depois, em 2010, o número de desaparecidos subiu para 49 indivíduos. Dessa forma, nota-se uma espécie de deslocamento, dos autos de resistência aos desaparecimentos de pessoas, uma substituição de categorias que mantêm a mesma dinâmica de mortes de favelados (Jornal Folha de São Paulo, 2 de setembro de 2013). Ou seja, há a permanência de práticas da política de segurança pública do modelo de confronto. Nesse diapasão, vale conferir os dados levantados pela Folha de São Paulo, a partir de relatos de moradores e documentos da Polícia Civil e da Polícia Militar, que mostram as denúncias contra a atuação dos seus agentes em 25 das 33 UPP, o que significa que em cerca de 76% das UPP, no Rio de Janeiro, há denúncia contra algum policial. Cabe observar ainda o número de crimes ocorridos em favelas com UPPs, que consoante o Jornal Extra, o Governo tentou camuflar, na demonstração das estatísticas do Instituto de Segurança Pública (ISP). Nesse sentido, anunciou a manchete: "Secretaria de Segurança Pública publica índice de crimes nas UPP e volta atrás: Instituto retirou do site números sobre violência e se justificou alegando mudança nos critérios" (Jornal Extra, 10 set. 2011:3).

³⁵ Vale lembrar que desde a instalação da primeira UPP, no Morro Dona Marta, as pessoas se sentiam excessivamente monitoradas em sua privacidade. Múltiplas câmeras foram colocadas em locais públicos, em razão de um policiamento invasivo, que se configurava de porta em porta, com revistas e buscas e apreensões. Há registros de denúncias de revistas arbitrárias e abordagens ofensivas. Foi instituído pela UPP o toque de recolher às 23 horas. Foram proibidos bailes funk, festividades e quaisquer outros eventos sociais ou culturais. Dessa forma, a criatividade e a espontaneidade foram cerceadas. Moradores queixaram-se de que o oficial do plantão da polícia era quem decidia até mesmo acerca da possibilidade de ocorrência de um batizado.

³⁶ Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-07-14/moradores-reclamam-de-violencia-policial-no-alemao-pm-nega-abusos. Acesso em: dez. 2013.

³⁷ Deve-se atentar para o fato de que agora a tipificação está circunscrita no Código Penal e não mais no Código Penal Militar, em consonância da mudança da competência, das Forças Armadas consoante acordo com o Governo Federal, para a UPP, do Estado do Rio de Janeiro.

³⁸ Disponível em: <www.diarioliberdade.org/brasil/repressom-e-direitos-humanos/29221--upp-n%C3%A3o-%C3%A9-pa-cifica%C3%A7%C3%A3o,-%C3%A9-militariza%C3%A7%C3%A3o.html>. Acesso em: dez. 2013.

³⁹ Disponível em: http://patrickgranja.wordpress.com/2012/12/17/dois-jo-vens-sao-executados-por-pms-da-upp-no-complexo-do-alemao. Acesso em: dez. 2013.

- ⁴⁰ Em seguida narrou o testemunho de um morador que mostrou os objetos encontrados na cena do crime: "Eles pegaram os meninos vivos e os levaram até um certo ponto. Bateram muito neles. Botaram a luva nas mãos, pegaram a pistola e deram um tiro no peito de um dos meninos. O outro tinha tomado um tiro no braço. Arrastaram ele para cima do morro, botaram ele perto do bueiro e deram um tiro na cabeça dele. Quando a gente chegou lá, estava tudo espirrado na parede. Tinha sangue. Muito sangue. Ainda conseguimos encontrar projéteis de bala das armas usadas pelos policiais e um mapa que estava com eles". Disponível em: <www.anovademocracia.com. br/no-101/4439-jovens-sao-executados--por-pms-da-upp-no-complexo-do-alemao>. Acesso em: nov. 2013.
- ⁴¹ Disponível em: http://extra.globo. com/casos-de-policia/funcionario-do--vasco-baleado-por-policial-de-upp-no--complexo-do-alemao-desabafa-eles--tratam-todo-mundo-como-vagabundo-8025666.html#ixzz2mWtuVXVY>. Acesso em: dez. 2013. No mesmo mês de maio, a Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Aleri declarou ter recebido dezenas de denúncias de moradores, acerca de violações de direitos, nos meses de março e abril de 2013, em cinco UPP, cometidas por policiais que as integravam. Questionou os métodos empregados pelo policiamento das UPP. Entre as UPP reclamadas constavam: Manguinhos, Jacarezinho, Complexo do Alemão, Rocinha e Mangueira. No Complexo do Alemão, ocorreu a denúncia mais grave, de um homem baleado na frente de toda a sua família. Em manchete jornalística foi narrado: "mortes põem em xeque ação das UPP no Rio". Disponível em: <www.canalibase. org.br/comissao-de-direitos-humanos-

- -apura-violacoes-nas-upps>. Acesso em: nov. 2013.
- ⁴² Disponível em: <www.ihu.unisinos.br/ noticias/522242-onde-estao-os-amarildos>. Acesso em: dez. 2013.
- ⁴³ Disponível em: . Acesso em: 25 nov. 2013.
- ⁴⁴ Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/08/conse-lho-diz-ter-relatos-de-supostos-sequestros-feitos-por-policiais-de-upp.html. Acesso em: nov. 2013.
- ⁴⁵ Disponível em: http://m.g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/bailes-funk-retornam-comunidades-com-upp-mesmo-sem-novas-regras.html. Acesso em: nov. 2013.
- ⁴⁶ Disponível em: http://rioonwatch. org.br/?p=5388>. Acesso em: nov. 2013. O controle das atividades culturais e eventos de lazer, como festas e bailes funks em favelas cariocas submeteram--se ao talante policial em razão de um ato administrativo da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Resolução nº 13, aprovada em 2007, redigida por José Mariano Beltrame, o criador da UPP. Assim, segundo os moradores, a "vida cultural nas favelas com UPP tem caminhando em uma corda bamba desde que a polícia chegou". Nesse sentido, sinalizou a manchete: "Resolução 013: festejar ou não festejar, em favelas controladas pela UPP".

4. Referências Bibliográficas

- ABRAMOVAY, Pedro Vieira. UPPs sob fogo cruzado. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 13 set. 2011. Caderno Opinião.
- ALVES, Maria Helena Moreira; EVAN-SON, Philip. *Vivendo no fogo cruza-do:* moradores de favela, traficantes de droga e violência policial no Rio de Janeiro. Tradução Fernando Moura. São Paulo: Unesp, 2013.
- ARAÚJO, Fábio Alves. Das consequências da "arte" macabra de fazer desaparecer corpos: violência, sofrimento e política entre familiares de vítima de desaparecimento forçado. Tese (Doutorado) Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- BARREIRA, Marcos. Cidade olímpica: sobre o nexo entre reestruturação urbana e violência na cidade do Rio de Janeiro. In: BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de (Orgs.). Até o último homem. Rio de Janeiro: Boitempo, 2013. (Coleção Estado de Sítio).
- BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é muito mais complexo. In: _____. (Org.). *Cadernos de Criminologia:* Paz Armada. Rio de Janeiro: Revan, 2012. (Série Criminologia de Cordel, v. 1).
- _____. O Alemão é muito mais complexo. Trabalho apresentado no 17º Seminário Internacional de Ciências Criminais, São Paulo, 23 jul. 2011b.
- _____. Introdução crítica à Criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BOTELHO, Maurílio Lima. Crise urbana no Rio de Janeiro: favelização e empreendedorismo dos pobres. In: BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pe-

- dro Rocha de (Orgs.). *Até o último homem.* Rio de Janeiro: Boitempo, 2013. (Coleção Estado de Sítio).
- BRÄHLER, Verena (2012). José Mariano Beltrame, State Secretary of Security in Rio de Janeiro. Personal interview by Verena Brähler. *Unpublished work*, University College London, 23 ago. 2012.
- BRITO, Felipe; VILLAR, André; BLANK, Javier. Será guerra? In: BRI-TO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de (Orgs.). *Até o último homem.* Rio de Janeiro: Boitempo, 2013. (Coleção Estado de Sítio).
- JORNAL O GLOBO. Rio de Janeiro, ano LXXXVI, n. 28.241, 2 dez. 2010. Caderno Rio: A Guerra do Rio, p. 25-31.
- LEITE, Márcia Pereira. Da "metáfora da guerra" ao "projeto de pacificação": favelas e políticas de segurança pública no Rio de Janeiro. In: *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 6, n. 2, ago./set. 2012.
- LIMA, Carlos Alberto de. Os 583 dias da pacificação dos Complexos da Penha e do Alemão. Rio de Janeiro, 2012.
- MACHADO DA SILVA, Luiz Antonio. Os jovens e o policiamento nas favelas cariocas, hoje. Rio de Janeiro, 2009.
- MARTINS, Rodrigo. Proteção pra quem? *Carta Capital*, São Paulo, n. 25, 16 nov. 2011.
- MELLO, Marco Antonio da Silva; CUNHA, Neiva Vieira da. A UPP e o processo de urbanização na favela Santa Marta: notas de campo. In: MELLO, Marco Antonio da Silva et al. (Orgs.). Favelas cariocas: ontem

- *e hoje*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.
- MELO, Thiago de Souza. Policiamento comunitário no Rio de Janeiro: uma estratégia de ampliação do controle social no contexto do neoliberalismo. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009.
- OLIVEIRA, Pedro Rocha de. *Golpes de vista*. In: BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de (Orgs.). *Até o último homem*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2013. (Coleção Estado de Sítio).
- PEDRINHA, Roberta Duboc. ANF Site da Agência de Notícias das Favelas. Disponível em: <<u>w</u>ww.anf.org. br>. Acesso em: nov. 2011.

- SOARES, Bárbara Musumeci *et al.* Unidades de polícia pacificadora: o que pensam os policiais? 2011. Disponível em: <www.ucamcesec.com.br/category/estatisticas/dados-destaque>. Acesso em: set. 2013.
- SOUZA E SILVA, Jailson. As Unidades Policiais Pacificadoras e os novos desafios para as favelas cariocas. In: MELLO, Marco Antonio da Silva et al. (Orgs.) *Favelas cariocas*: ontem e hoje. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.



Acordos de convivência em marcas no Brasil: um breve estudo de caso

Alessandra Almada de Hollanda; Claudio Felipe Alexandre Magioli Nuñez; Marcio Fernando Bouças Laranjeira; Pedro Bastos de Souza; Rafael Bittencourt Carvalhaes; Rafael Meirelles Saldanha, Renata Rogar¹ e Ricardo Luiz Sichel²

1. Introdução

Em um ambiente capitalista industrial a marca adquire papel cada vez mais relevante como um ativo intangível, sendo peça fundamental no desenvolvimento econômico. Sob o ângulo da atividade empresarial, a proteção à marca por meio do registro é de importância estratégica.

Não se pode ignorar que no mundo contemporâneo as marcas de produtos e serviços em geral ocupam lugar proeminente em uma sociedade cada vez mais consumista. A proteção à marca, assim, perpassa a questão meramente privada do âmbito dos negócios empresariais. A proteção à propriedade intelectual passa ser vista, também, como relacionada à própria proteção do mercado consumidor e à higidez do sistema concorrencial. Assim, deve-se considerar que as questões referentes à propriedade intelectual têm esse duplo viés: privado/empresarial e também publicista.

A utilização de marcas idênticas ou similares por duas ou mais empresas ou produtos, ainda que com o consentimento de seus titulares, pode trazer

confusão no consumidor final. Macula-se o livre poder de decisão quanto a consumir ou não determinado bem.

Casos há em que, não obstante a ausência de prejuízo para os detentores da marca, o consumidor poderá, subliminarmente, ser induzido a erro. Daí a importância de se debater a possibilidade de uma parte, detentora do registro de uma marca, permitir que outra a utilize – ainda que de modo não idêntico e segundo parâmetros fixados de comum acordo. O presente estudo tem como objetivo analisar as possibilidades e limitações em relação à celebração de acordos de convivência no âmbito do direito marcário.

Inicialmente são apresentadas questões conceituais referentes à marca e ao princípio da especialidade. Realiza-se uma breve exposição sobre a perda ou enfraquecimento da propriedade marcária para, em seguida, abordar o acordo de convivência de forma teórica. Após a análise teórica, é realizado um estudo de caso sobre a posição do Poder Judiciário brasileiro quanto ao tema, tomando como base julgados dos Tribunais Regionais Federais e um caso específico resolvido pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. Marcas e acordo de convivência: considerações teórico-concetuais

2.1. A marca: noções básicas

Marca, na definição de Philip Kotler, é todo "nome, termo, sinal, símbolo, design ou combinação destes, destinada a identificar os bens e serviços de um vendedor ou grupo de vendedores, assim como a os diferenciar dos da concorrência."³

Com base em acordos internacionais ratificados pelo Brasil, Louro afirma que:

"marca é um sinal visualmente perceptível, com o intuito de diferenciar produtos e serviços que disponham de certa semelhança — o que não quer dizer a exclusão de marcas sonoras ou olfativas, como por exemplo fragrâncias de perfumes famosos, quando olfato humano o sente, na mesma hora faz a associação do cheiro com a marca, ou mesmo quando escuta um merchandising, em que produz determinado som e que o faz lembrar, imediatamente, de uma emissora de TV — e assim, a marca passe a ter um valor. Na concepção holística, as marcas são vistas como objetos vivos que se relacionam com os consumidores."

Em uma visão jurídica, Copetti conceitua a marca tendo como base os dispositivos legais sobre o tema :

"A marca é o sinal que permite ao consumidor a identificação da origem do produto ou do serviço e é regulada pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (LPI) que protege os direitos de propriedade industrial. Ela integra um amplo sistema de sinais que aproximam o consumidor do produtor e/ou comerciante, bem como do prestador de serviços no mercado, cada vez mais competitivo e sem barreiras. Segundo a lei brasileira, marca 'é todo sinal distintivo, visualmente perceptível', que identifica e distingue produtos e serviços de outros análogos, de procedência diversa, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas, obtendo seu titular o direito de uso exclusivo em todo território nacional, dentro de sua atividade (Lei nº 9.279/1996, artigo 122)."5

Por ser importante à comercialização de um produto ou serviço, a marca, para ser registrável, não deve ser ofensiva à moral e aos bons costumes. Além disso, é inconcebível que incite questões raciais ou preconceituosas de qualquer natureza (conotação preconceituosa).

A marca confere ao titular uso exclusivo contra terceiros. Devidamente registrada, seu alcance territorial é de âmbito nacional (diferente do que ocorre com o registro do nome empresarial, que tem alcance estadual). Em resumo, a Lei nº 9.279/96 tem o seguinte procedimento para registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI):

- 1º. Depósito: o interessado pelo registro deposita a intenção de vinculação de uma marca a um determinado produto.
- 2º. Publicação: publica-se para dar notoriedade à intenção de registro da marca depositada.
- 3º. Oposição e Defesa: abre-se prazo para contestar o registro de tal marca, bem como para a defesa desta contestação.
- 4º. Exame: nesta fase, pode-se deferir de plano o registro e a consequente concessão. Todavia, durante a apreciação para a concessão, o requerimento para o registro pode cair em exigência, que, se não cumprida, poderá acarretar o indeferimento. Uma vez indeferido, torna-se cabível recurso da decisão e como decisão última, indeferir ou conceder o registro da marca.

2.1.1. Princípio da especialidade

Um princípio muito importante em relação à diferenciação das marcas é o da Especialidade. Este permite ter marcas 'parecidas' para produtos distintos. Tendo em vista a marca não confundir o consumidor por se tratar de produtos ou serviços de natureza distinta. Entretanto, este princípio está sujeito a exceções,⁶ por exemplo, as marcas especiais ou de renome. Estas merecem proteção em todos os segmentos, em virtude de ter alcançado o "ápice da fama". Muitas vezes atravessando fronteiras internacionais. É o caso, por exemplo, da coca-cola.

O registro das marcas que contenham certas semelhanças perpassa tanto pela questão do Direito de Defesa do Consumidor, quanto pelo princípio da especialidade de marcas.

Em relação ao Direito do Consumidor, verifica-se que, diante da sua proteção constitucional, o consumidor deve receber a informação esclarecedora acerca do produto ou serviço posto no mercado, de modo que seja possível a ele criar seus critérios com a finalidade de sua posterior aquisição.

Por sua vez, a Lei nº 8.078/90 dispõe precisamente acerca da informação do consumidor quanto ao produto ou serviço posto no mercado à sua disposição:

Art. 31 – A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, dentre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Assim, a proteção ao consumidor é o fundamento para a formação de critérios de apreciação da afinidade entre marcas, de modo a exigir dos fornecedores, tanto de produtos quanto de serviços, que coloquem no mercado de consumo marcas que sejam, minimamente, distintas entre si, a fim de que o consumidor possa ter efetivamente a ciência do produto ou serviço que está adquirindo.

2.2. Da perda ou enfraquecimento da propriedade marcária

A perda de *enforcement* de uma marca, ou seja, a perda de sua oponibilidade perante terceiros, pode ocorrer de duas formas: pela extinção do registro marcário, em que há a perda da própria titularidade marcária; ou pela perda de seu poder distintivo, com a manutenção da titularidade marcária.

No primeiro caso, a extinção do registro marcário ou perda da titularidade está prevista no artigo 142, da Lei nº 9.279/96, que determina que tal fato ocorrerá quando houver a expiração do prazo de vigência, sem a devida renovação; pela renúncia ao direito marcário; pela declaração de caducidade e, ainda, pela não manutenção de pelo menos um procurador domiciliado no Brasil no caso de titular domiciliado no exterior.

Há ainda casos em que pode ocorrer, não a extinção, mas sim a anulação do ato administrativo do INPI. Este concede o registro marcário por meio de Processo Administrativo de Nulidade (PAN), previsto no artigo 168 da LPI. Instaura-se em até sessenta dias da concessão da marca; ou por meio de ação de nulidade perante a Justiça Federal, prevista no artigo 173 da LPI a ser ajuizada em até cinco anos contados da concessão.

Apesar da diferença nos efeitos entre a extinção de uma marca – *ex nunc* – e a anulação desta – *ex tunc* – fato é que ambas podem ocorrer mesmo depois de já concedida a marca e já criada uma rede de franquias.

A perda da distintividade marcária pode ocorrer de duas formas: pela diluição marcária e pela generificação ou degenerescência. Após o registro de uma marca, a expressão ou parte dela passa a ser utilizada de forma corriqueira num determinado ramo de mercado. Desta forma percebe-se a diluição marcária.

Ocorre com o surgimento de marcas similares de concorrentes ou não, podendo haver similaridade parcial ou total. Há, neste caso, a perda da força ou função distintiva da marca.

Outros agentes no mesmo segmento mercadológico passam a utilizar aquele termo diluído acessoriamente às suas próprias marcas ou designam uma determinada característica de seu produto ou serviço.

Esta expressão acaba se tornando útil ou necessária para a divulgação dos serviços e produtos de concorrentes, embora o termo não tenha sido dicionarizado ou se tornado designador daquele bem.

O conceito de diluição e perda da função distintiva da marca tem sido aplicado na prática em conjunto com a teoria da distância para solucionar situações de suposta colidência marcária. Conforme a teoria da distância, a proteção de um sinal distintivo se apura justamente no que este se diferencia dos demais da concorrência, ou do código de mercado, ou seja, da distância que a marca possui das concorrentes. Caso contrário, havendo a proximidade dos termos já existentes no mercado, poderá ocorrer a coexistência de sinais, mesmo que guardem similaridade.

A degenerescência ou generificação ocorre pelo excesso de fama que no âmbito da função identificadora extrapola a identidade de um determinado

produto ou serviço de um fornecedor para passar a dar nome ao próprio produto de um modo geral, podendo ocorrer até a dicionarização do que antes era um sinal distintivo.

O homem médio passa a identificar o objeto pela marca. Este fato normalmente é relacionado ao lançamento de um produto ou serviço inovador no mercado, diferenciado ou que se torna líder absoluto.

Conforme relata Soares,⁷ nos Estados Unidos da América, o assunto tomou determinada proporção quando no início da segunda metade do século XX, a Associação Americana de Marcas Registradas – *The United States Trademark Association* – editou o *Model State Trademark Bill* que em seu artigo 12 tornava proibido qualquer tipo de uso de um sinal registrado como marca que pudesse lhe causar diluição – *anti-dilution provision*.

Em âmbito federal naquele país, apenas em janeiro de 1996 foi sancionada Lei Federal contra a diluição, *Federal Anti-Dilution Act*. Percebe-se que tais atitudes representam tentativas de impedir o valor agregado e a distintividade que uma marca possui.

No Brasil, não existe dispositivo para prevenir a diluição marcária, fato que ocasiona, sem sombra de dúvidas, uma dilapidação patrimonial. Percebe-se, em decisões judiciais pátrias, a preocupação com o consumidor e com a tentativa de evitar a confusão quanto à origem de produtos ou serviços, mas não se dá muita importância ao valor comercial de uma marca e a desvalorização comercial que uma diluição ocasiona, mesmo quando não gera confusão ao consumidor.

Traz-se à baila interessante decisão prolatada pela Primeira Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao analisar os Embargos Infringentes em 29 de abril de 2010, interpostos em processo que analisava a validade marcária do signo Chester Cheetah em virtude da existência anterior da marca registrada Chester.

Apesar de ser um termo original e criado pelo titular que registrou o termo anteriormente, o Colegiado decidiu, por maioria, em não proibir o registro Chester Cheetah por outra empresa, ambas no ramo de alimentos, pois não levaria o consumidor a erro (TRF-2ª Região, EIAC nº 220817, E-DJF2R 3/9/2010, p. 152-153).

O Relator assim se manifestou sobre o caso:

"A divergência diz respeito à possibilidade, ou não, de convivência no mercado das marcas 'Chester' e 'Chester Cheetah' sem causar confusão ao consumidor.

O acórdão de folha 356 foi exarado mediante a prevalên-

cia do voto médio de folhas 334/335, segundo o qual a expressão "Chester" com o significado que a autora quer emprestar à lide – galináceo resultante de engenharia genética, que apresenta maior desenvolvimento do peito e das coxas – diz respeito unicamente à marca engendrada pela autora, que de tão popular e criativa, passou a designar aquela espécie de ave, dada a inexistência de outra expressão no mercado que identificasse a inovação genética em referência. Assim, concluiu que a apropriação de um vocábulo designativo de uma marca amplamente conhecida, ainda que acompanhado de outras expressões ou de elementos figurativos, atuaria no sentido de enfraquecer o signo original, com aproveitamento do significado emprestado pelo titular e efetuado à custa de vultosos investimentos, caracterizando ato de concorrência parasitária e, portanto, passível de nulidade."

Após o relato, determina-se uma posição sobre o que seria a função precípua de uma marca, unicamente sobre a ótica da proteção de interesses difusos do consumidor:

"A função primordial da marca é identificar um produto, distinguindo-o de outros iguais ou similares existentes no mercado, de forma a evitar que os consumidores se confundam com produtos afins da concorrência. Nesse contexto, como o Brasil adota o sistema atributivo, o registro da marca no INPI garante o direito de propriedade e de uso exclusivo ao seu titular. Importa ressaltar que, dentre os requisitos exigidos para a registrabilidade da marca, destaca-se sua distintividade e disponibilidade, de forma que o sinal pelo qual se apresenta a marca deve ser distinto dos demais existentes em uso ou sob registro de outra empresa, pertencente ao mesmo gênero de atividade ou afim."

A conclusão alcançada no julgado anterior foi de que não era necessária a anulação da marca registrada posteriormente, entendendo os julgadores que não haveria chance de o consumidor comprar um produto acreditando ser outro.

Cumpre ressaltar a existência de voto vencido da lavra do Desembargador Federal André Fontes, que ao analisar a situação, assim se manifestou:

"Desse modo, são proibidos os atos desleais na concorrência, atos mediante os quais as sociedades empresárias tentam se apropriar do sucesso de uma outra. [...]. Para alcançar esse propósito desleal, usam nomes ou outros signos legitimamente usados por outra concorrente, de

modo a gerar uma confusão. E geralmente se apresentam como uma imitação servil (Chester para salgadinhos para associar e persuadir o consumidor ao sabor Chester); ou seja, é criada de modo tal a gerar confusão com os produtos que são usados por outra concorrente e, assim, provocar o engano dos consumidores. A concorrência desleal é o sucedâneo conexo dos casos de ausência direta de tutela de uma marca e forma subsidiária de proteção do nome e de um produto no mercado. E a repressão à concorrência desleal, por atos de confusão, destinados a capturar indevidamente a clientela do concorrente legítimo, constitui a forma subsidiária, indireta, instrumental, conexa e mais ampla do capítulo de proteção dos signos e dos signos e dos produtos do comerciante. A deslealdade se agrava porque não atinge tão-somente o concorrente legítimo, mas, e o que é mais grave, causa danos à coletividade dos consumidores dos produtos, que são induzidos a erro pela utilização parasitária da palavra Chester."

O voto divergente relaciona-se com o entendimento de concorrência desleal e o aproveitamento parasitário – extraem-se conceitos que visam impedir a diluição de uma marca. Contudo, dá-se muito peso ao "fator confusão do consumidor" e pouco abarca sobre a questão do empresarial e do valor de uma marca.

Esquece-se que a função principal do INPI não é a de "proteção ao consumidor", e sim de registro de propriedade industrial, ou seja, de concessão de um título ou outorga de um direito que gerará exclusividade de um aproveitamento econômico a um determinado titular. Pouca importância se dá à dilapidação patrimonial decorrente da diluição marcária. Raras são as vezes em que isto é levado em conta em decisões que versam sobre anulação de um registro baseada no Inciso XIX do artigo 124 da LPI.

Mesmo que se entenda não haver chances de um consumidor "trocar" um produto por outro, casos há em que se deve proibir a reprodução total, parcial ou com acréscimo de uma marca, a fim de se evitar a concorrência desleal, o aproveitamento parasitário e a diluição marcária.

Quando tal fenômeno se verifica, a distintividade da marca ou de parte da marca será perdida. Em outras palavras, como a distintividade é pressuposto da própria existência do sinal empresarial, perde-se a razão de ser de uma marca.

2.3. Considerações acerca do acordo de convivência

O denominado "acordo de convivência" é um contrato empresarial, no qual as partes envolvidas convencionam a possibilidade de registro de uma marca por uma das partes, ainda que esta já tenha sido previamente registrada pela outra parte junto ao INPI, a despeito de serem signos idênticos (ou semelhantes) e as empresas atuarem em segmento de mercado afim ou idêntico. Trata-se de um instrumento particular, no qual as partes convencionam uma regra de convivência pacífica entre possíveis concorrentes.

A questão que surge é que o sistema de registro de marcas que é realizado pelo Estado, especialmente no caso brasileiro por meio de sua autarquia INPI, funda-se não somente no direito marcário ou de propriedade industrial, mas também na defesa dos direitos do consumidor. Este possui assento constitucional (art. 5°, XXXII, CF).

Em relação aos direitos do consumidor, o essencial é a proteção em relação ao direito de informação, uma vez que este pode confundir o produto ou serviço comercializado no mercado, pensando estar adquirindo de uma empresa (da qual já possui uma concepção e opinião gerada sobre a qualidade e aceitabilidade dos seus serviços e produtos), quando na verdade trata-se de outra empresa. Ou seja, não se permite ao consumidor que este faça uma escolha plenamente consciente no momento em que realiza sua atividade de consumo. Mister recordar que o Código de Defesa do Consumidor estabelece, inclusive, a obrigatoriedade de clareza quanto a origem do produto ou serviço, conforme previsões dos artigos 6º, II e 31.

Como bem lembrado por Sichel,⁸ o ato de concessão da marca é um ato administrativo que, como qualquer ato da administração pública, está sujeito ao Princípio da Legalidade insculpido na Constituição. Portanto, entende-se não ser possível admitir que convenções particulares possam afastar normas cogentes. Estas devem consideradas na atuação do INPI, que é uma autarquia federal, devendo pautar sua atuação observando, especialmente nesta matéria, o artigo 124, inciso XIX e o artigo 135, ambos da LPI.

Assim, é possível entender que em relação aos denominados "acordos de convivência", estes não tenham o condão de afastar a análise do INPI ou garantir que o registro da marca venha ser realizado. Isto porque o sistema de registro de marcas não pretende atender apenas aos interesses dos seus possíveis detentores, mas também dos consumidores que devem ter protegidos seus interesses pelo Estado, especialmente o direito a informações claras e suficientes para a realização do consumo. Este inclusive é o entendimento do INPI no Parecer Técnico INPI/CPAPD nº 001/2012, que possui caráter normativo:

"Os documentos rotulados de 'acordo de coexistência de marcas' servirão tão- somente como subsídios ao exame de registrabilidade do sinal requerido como marca, ou ainda, como subsídios à apreciação de eventual recurso contra indeferimento, razão pela qual jamais terão condão de vincular a decisão do INPI, que em tempo algum jamais deixará de aplicar o disposto no art. 124, inciso XIX, da LPI."

Portanto, o acordo de convivência não possui, *de per si*, força suficiente para garantir o direito de registro da marca ou de vincular a decisão administrativa do INPI quanto à matéria. Porém, não significa que seja nulo de pleno direito, devendo ser utilizado como elemento formador da convicção do julgador administrativo, uma vez que este tem o dever de considerar os argumentos que lhe são levados à apreciação, ou seja, os referidos acordos devem ser vistos como manifestações por partes legítimas (apresentação de argumentos) no sentido de entenderem não haver colisões de marca.

De acordo com Abrantes,⁹ os acordos de coexistência ou convivência nada mais são do que declarações das empresas envolvidas, nas quais é afirmado expressamente que as marcas não criam qualquer tipo de confusão no mercado e, consequentemente, podem conviver pacificamente. Tal solução, utilizada em larga escala em todo o mundo há mais de uma década fora contemplada nas Diretrizes de Análise de Marcas do INPI, instituídas pela Resolução 51/97.

Ainda segundo com Abrantes, ¹⁰ no final de 2010, o INPI editou novas diretrizes, nas quais os acordos de coexistência não são mais citados. Recentemente, os examinadores do INPI têm confirmado que tais acordos não serão mais admitidos. O argumento do INPI é que os acordos de coexistência podem causar prejuízo aos consumidores. Sendo contrário ao art. 2º da sua lei de criação – Lei nº 5648/70 – segundo o qual "o INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica".

3. Acordo de convivência e marcas: estudo de caso sobre a jurisprudência brasileira

3.1. Panorama da jurisprudência

Com base em consultas nos repositórios de jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, é possível verificar que há uma tendência de se considerar como válidos e legítimos os acordos de convivência em matéria de marcas. Ressalta-se que em alguns casos, embora haja notícia de que houve um acordo,

os fundamentos da decisão passam ao largo, com a utilização de outros fundamentos para permitir a convivência, como a distinção de ramos de atividade e a ausência de confusão para o mercado consumidor.

É interessante ressaltar o entendimento do TRF-2 na Apelação Civil 200651015374981, que conectou as duas questões: considerou a existência do acordo firmado entre as partes – juntado aos autos – e homologou-o, Apontou-se que os serviços prestados (arquitetura *versus* manutenção em geral) embora em mercados relativamente afins seriam distintos e seria evidente a impossibilidade de confusão para o consumidor.

O INPI, no caso citado, ressaltou que os acordos <u>podem</u> ser desconsiderados pelo julgador, caso se entenda nocivos ao consumidor.

Cite-se trecho do referido acórdão;

"Em termos de exame de Acordo de Convivência, em que se analisa a identidade entre os serviços e os danos ao consumidor, não se pode desconsiderar que as empresas atuam em estados diferentes, e convivem pacificamente, segundo declarações de diversas empresas-clientes, apesar de pertencerem a segmentos mercadológicos afins" [...] Reconhecidamente, os mercados relevantes apontados são distintos, tanto assim que ambos os signos conviveram e convivem harmonicamente, há muito, o que denota a ausência de confusão entre os consumidores (Rel. Des. Andre Fontes)"

Já na Apelação Cível 396801, julgada em 2008 pelo TRF-2, o acordo de convivência foi considerado como um dos elementos – mas de forma secundária – para a decisão de que não havia colidência entre as marcas Novell (sistemas e programas de computador) e Novellprint (produtos plásticos, de escritório, etiquetas e bobinas). Não obstante a posição contrária do INPI. Considerou-se que as empresas, embora na mesma classe do INPI, não se dedicavam ao mesmo ramo mercadológico. Cite-se um trecho relevante da Ementa, a qual aborda também a questão do conhecimento do consumidor:

"[...] A própria empresa titular da marca supostamente impeditiva (Novelprint) firmou declaração de consentimento, na qual aduziu que os signos podem conviver pacificamente, na medida em que seus objetos não são conflitantes, comprometendo-se, inclusive, a protocolizar petição de desistência do processo administrativo de nulidade, o que, de fato, foi realizado. Assim, o fato de ambas as marcas se encontrarem na mesma classe não é, por si, só, suficiente para impossibilitar o registro relativo

ao signo 'Novell', eis que os mercados em que se inserem apresentam especificidades que as tornam diversas entre si. Ressalte-se, ainda, que, no exame de eventual colidência, merecem relevância tanto o produto, como também o tipo de consumidor a que ele se destina, e, no caso em tela, os produtos em questão se destinam a consumidores específicos, dotados de conhecimento técnico, afastando a possibilidade de ser o público alvo induzido em erro.³ Ao contrário do que afirma o INPI, em suas razões de apelação, a sentença, e, por conseguinte, a sua condenação ao pagamento referente aos ônus de sucumbência, não foi fundamentada unicamente no acordo das partes para convivência pacífica, mas também em um juízo minucioso acerca da registrabilidade do signo 'Novell', razão pela qual deve a autarquia arcar com tal despesa."

Outro caso emblemático no âmbito do TRF-2 pode ser extraído da APELA-ÇÃO CÍVEL 1999.51.01;020965-1 (Relator Abel Gomes. Pub. 30/05/2008), com a seguinte Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – COLIDÊNCIA DE MARCA COM NOME COMERCIAL – CONFUSÃO – NÃO OCORRÊNCIA – DISPARIDADE ENTRE O NOME COMERCIAL E A MARCA – PEDIDO DE NULIDADE REFERENTE A TERMO QUE NÃO COMPÕE A MARCA DE TITULARIDADE DA EMPRESA RÉ – EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ACORDO FIRMADO ENTRE AS EMPRESAS TRADUZINDO A POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA ENTRE OS SIGNOS EM COTEJO.

Houve acordo entre as partes juntado aos autos, contra o qual se insurgiu o INPI, sob a alegação de que cabe à Autarquia a defesa do interesse público no que tange à origem do produto protegido pela marca.

Deve-se concordar com a afirmativa do papel do INPI na defesa do interesse público. Contudo, tal defesa não é exclusiva, pois órgãos como o Ministério Público e mesmo a Defensoria Pública também devem atuar na defesa de interesses difusos, como nos casos relacionados à defesa do consumidor e contra a concorrência desleal. Além disso, não obstante a atuação legítima do INPI no âmbito administrativo, as partes devem socorrer-se no Poder Judiciário. Tendo como base o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Contudo, o acórdão citado não adentrou nesta importante questão de direito do consumidor. Sob a ótica de direito empresarial, analisou a questão de modo coerente, uma vez que o acordo de vontades foi validamente celebrado pelas partes e eventuais pendências econômicas ficariam superadas pelo acordo. Faltou, contudo, ir além da questão da autonomia da vontade e do

acordo econômico, para analisar se haveria ou não prejuízo à concorrência e ao consumidor.

Neste sentido, segue os breves trechos do acórdão:

"Ademais, as próprias empresas em litígio acordaram às fls. 81/84 estabelecendo critérios de convivência entre a expressão "5ª Geração" (numeral ordinal 5 + termo "Geração") e "Quinta Geração" (grafado por extenso), pactuando, inclusive, termo de compromisso às fls. 83, o que traduz a possibilidade de convivência entre os signos em cotejo. [...] Sob este aspecto, tendo em vista a vontade das empresas expressa no acordo celebrado às fls. 81/84, a questão financeira fica superada, arcando as empresas pelas consequências porventura advindas da coexistência dos signos em cotejo, afastando-se também a concorrência desleal."

Decisões mais antigas já consideravam a validade dos acordos de convivência, mas sem levar em conta os fenômenos da constitucionalização do direito privado e da proteção cada vez mais crescente dos direitos do consumidor. A questão era tratada no âmbito puramente privatístico.

Conforme citado por Faria Correa,¹¹ no âmbito nos casos CORBOM/CORBEL [Apelação Cível 105.997/RJ, de 30.04.87, pp.7730] e ELF/ELF-TEX [Apelação Cível 90.02.004290/RJ, de 11.02.92, pp.2096], "a possibilidade ou não de convívio entre marcas é questão de cunho eminentemente privado, pois a marca é, fundamentalmente, um instrumento de competição e visa ao resguardo da clientela conquistada por quem a construiu. Assim, ninguém melhor do que o próprio titular para avaliar se determinado sinal interfere ou não com sua clientela. Se confusão ou associação houver, o titular sofrerá a sanção natural do mercado, com o desgaste de sua marca e o possível afastamento da clientela."

3.2. Análise do Recurso Especial 1.079.344-STJ

Trata-se da análise do Recurso Especial nº 1.079.344 julgado pela 4ª Turma do STJ, sob a seguinte ementa:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. COLIDÊNCIA DE MARCAS. POSSIBILIDADE DE CONFUSÃO AFASTADA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. MARCA NOTÓRIA. ART. 126 DA LEI 9.279/96. ADMITIDA A CONVIVÊNCIA DAS MARCAS EM LITÍGIO. PRECEDENTES.

- 1. O dissídio jurisprudencial a ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça é aquele em que, mediante o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, fica evidenciada a similitude da base fática dos casos e a divergência de resultados diante da aplicação da legislação federal regente, o que não se verificou na hipótese dos autos.
- 2. Segundo o princípio da especialidade das marcas, não há colidência entre os signos semelhantes ou até mesmo idênticos, se os produtos que distinguem são diferentes.
- 3. Reconhecida a notoriedade da marca MILLER pelo tribunal de origem, incide o art. 126 da Lei nº 9.279/96, que confere proteção especial à marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade.
- 4. Afastada a possibilidade de erro ou confusão do público entre as marcas MILLER, da recorrida, e MÜLLLER FRANCO e MILER, da recorrente, ante a ausência de semelhança dos produtos que representam, possível a convivência dos signos em exame. Precedentes.
- 5. Recurso especial a que se nega provimento.

A Miller Brewing Company ajuizou ação anulatória de ato administrativo contra o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e Indústrias Muller de Bebidas Ltda, objetivando o registro para as marcas de cerveja "Miller" e "America's Quality Beer Miller High Life".

No caso, a 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro julgou improcedente o pedido de invalidação das decisões administrativas, sob fundamento de que há colidência entre as marcas "MILER", "MILLER" e "MULLER FRANCO", sendo certo que os produtos pertencem ao mesmo segmento mercadológico de bebidas alcoólicas.

A autora interpôs apelação cível alegando diversidade de consumidores e impossibilidade de confusão das marcas MILLER e MULLER FRANCO. Ressaltando que a marca MILLER é notoriamente conhecida como pertencente à segunda maior empresa cervejeira dos Estados Unidos. Esta identifica a cerveja fabricada há mais de 100 anos pela apelante. Encontrando-se, assim, amparada pelo contido no art. 6 da Convenção da União de Paris.

A Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, deu provimento à apelação, com o seguinte acórdão:

DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCAS. MARCA NOTORIAMENTE CONHECIDA. TEORIA DA DILUIÇÃO OU DEGENERA-CÃO.

- 1. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade goza de proteção especial, independentemente de classe, na forma do art. 6º, bis, da Convenção Unionista de Paris.
- 2. Inexiste óbice à convivência entre a marca "MIL-LER" e as marcas da recorrida ("MULLER FRANCO" e "MILER"), conquanto sejam da mesma classe, pois comercializam produtos diversos.
- 3. O princípio da especialidade não se confunde com as divisões de classe operadas pelas Convenções de Genebra e Nice, que não servem de critério último para a determinação das esferas de colidência de marcas, em um mesmo mercado relevante.
- 4. Apelo parcialmente provido, para que os procedimentos administrativos com vistas ao registro da marca "MILLER" retomem o seu curso normal, reconhecendo-se, contudo, a possibilidade de convivência entre a marca "MILLER" e as marcas "MULLER FRANCO" e "MILER".

A Indústrias Müller de Bebidas Ltda. opôs embargos infringentes buscando a prevalência do voto vencido que mantinha a sentença de improcedência do pedido de registro das marcas Miller e America's Quality Beer Miller High Life, o que foi negado de forma unânime pelo TRF da 2ª Região.

A mesma Indústria Müller interpôs Recurso Especial sob o fundamento de ofensa às normas dos arts. 124, inciso XIX, e 129 da Lei nº 9.279/96.

A Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora do recurso, destacou que a análise da questão perpassa a utilização de exclusividade da marca, destacando que a principal finalidade da marca é distinguir o produto de seus concorrentes no mercado. Destacou, ainda, que a identificação de determinadas marcas, ditas notórias, estariam além dos limites fixados por regras tradicionais, e que a regra do art. 6º, bis, da Convenção de Paris, a qual denominou marca notoriamente conhecida é uma exceção ao princípio da territorialidade.

Para a relatora não confunde-se marca de alto renome e a marca notoriamente conhecida, ante a lição de Lucas Rocha Furtado:

"a necessidade de proteção da marca notoriamente conhecida surge, ao contrário, exatamente porque ela não está registrada no país. No entanto, ainda que não esteja registrada no Brasil, será protegida exatamente em face de sua internacional notoriedade no seu ramo de atividade. Surge, neste ponto, outra distinção entre a marca de alto renome e a marca notoriamente conhecida. Enquanto a primeira protege todos os segmentos do mercado, a última protege apenas o segmento do mercado em que se tornou notoriamente conhecida" (FURTADO, 1996:132 apud GALLOTI).

Para a Ministra, mesmo que as marcas pertençam ao mesmo segmento de mercado, não há que se alegar o princípio da especialidade como impedimento, já que o este não é absoluto. Logo, há casos em que as questões de fato devem ser verificadas para decidir sobre a existência de confusão. Aplica-se a noção de afinidade entre os produtos e serviços prestados. Já que "distintos os produtos e diferentes as clientelas, não há competição do mercado, nem direito do estabelecimento empresarial recorrente em manter a exclusividade do signo."

Outro ponto importante abordado é que não há proveito econômico que fundamente a negativa do registro, já que a marca "MILLER", é notoriamente conhecida, e que tal fato não deve desprestigiar as outras marcas, mas ao contrário, poderá favorecer as marcas recorrentes. Logo, não há prejuízo para a realização do registro, ao contrário, a convivência entre as marcas pode ser benéfica para as marcas menores.

Conforme destacou Denis Barbosa, ¹² "o primeiro elemento a se considerar, ao pesar uma hipótese de concorrência, é se ele existe. No caso específico de concorrência desleal, a existência de concorrência é um *prius* inafastável "não há lesão possível aos parâmetros adequados da concorrência se nem competição existe." Assim, verifica-se que há a possibilidade de convivência de marcas do mesmo segmento mesmo em detrimento ao princípio da especialidade. Para fins de proteção, há que se diferenciar a marca de alto renome da notoriamente conhecida, e que por vezes o registro da marca similar pode ocasionar efeitos mais benéficos para a imagem da marcar possuidora do registro.

4. Considerações finais

É inegável que os acordos de convivência têm como ponto de partida a ideia de que há uma confluência de propósito e vontade entre as partes que, no gozo de sua autonomia privada, resolvem permitir, dentro de certos parâmetros e limites, o registro e uso de marca similar.

Tal autonomia de vontade, contudo, não deve ser tida como único fator a legitimar os acordos de convivência em matéria de marcas. Em um passado não tão distante, a questão era tratada como de âmbito estritamente privado e interpartes, tanto pelos tribunais como pelo próprio INPI.

Contudo, o direito privado foi sendo publicizado e a defesa de interesses coletivos e difusos ganhou força, especialmente após a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Tornou-se relevante, assim, não apenas a autonomia da vontade, mas a ideia de que o uso da marca diz respeito também a questões ligadas à proteção do consumidor e à concorrência leal.

Neste sentido, considera-se não só a pura autonomia da vontade, mas também a verificação de prejuízo ao consumidor. Deve-se verificar, ainda, se a prática poderia ser enquadrada como de concorrência desleal.

Deve-se entender que o INPI tem atribuição para fazer um primeiro juízo sobre o tema, podendo, em tese, rejeitar fundamentadamente o registro como base em um acordo de convivência, quando verificar que a colidência é nociva ao consumidor. Tal decisão administrativa, porém, não é insindicável nem inquestionável, cabendo às partes socorrem-se no Poder Judiciário para que este revise a questão.

Verifica-se, aliás, que há uma tendência de os tribunais chancelarem a celebração dos chamados acordos de convivência ou coexistência. Parte considerável da jurisprudência não realiza apenas uma análise formal do instrumento de acordo. Abandona-se a visão excessivamente privatistística. Os tribunais tendem a observar se no caso concreto não se violou os direitos do consumidor nem os direitos concorrenciais.

Não se pode presumir de forma absoluta que os acordos trarão sempre uma colidência de marcas nociva ao consumidor ou à livre concorrência. É difícil defender um padrão de julgamento estanque e uniforme. Assim, parece ser mais razoável que o Poder Judiciário continue a analisar casuisticamente a questão, adentrando em questões tais como o tipo de mercado em que as partes se inserem, a natureza dos consumidores, o tipo de produto oferecido, dentre outros fatores pontuais.

5. Notas

- ¹ Mestrandos em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio). Email para contato: pedrobastos2@globo.com
- ² Doutor em Direito pela Westfälische Wilhelms Universitat Münter. Docente da Pós-Graduação em Direito da Ucam e da graduação na Unirio.
- ³ KOTLER, Philip. *Administração de Marketing*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 442.
- ⁴ LOURO, Maria João Soares. Modelos de avaliação de marca. *RAE Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 40, p. 2, abr./jun. 2000.
- ⁵ COPETTI, Michele. Marcas e programas de computador: seus pontos de intersecção. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). A proteção jurídica da propriedade intelectual de software: noções básicas e temas relacionados. 1. ed. Florianópolis: Fiesc/Ielsc, 2008. v. 2. (Série Platic).
- ⁶Conforme COPETTI, Michele. *Op. cit*, p. 3: "A exceção ao princípio da especialidade é concedida àquela marca registrada cujo renome transcende seu segmento de mercado original, assegurando-lhe proteção especial em todas as classes, conforme art. 125 da Lei nº 9.279/1996. Para pleitear o reconhecimento de marca de alto renome o requerente deve fazê-lo nos termos da Resolução nº 121/2005, que normaliza os procedimentos para a aplicação do referido artigo."
- ⁷ SOARES, José Carlos Tinoco. *Marcas notoriamente conhecidas:* marcas de alto renome *vs.* diluição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 237-238.
- 8 SICHEL, Ricardo Luiz. Do acordo de convivência de marcas. In: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal,

- Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro: Emarf-TRF 2ª Região/ RJ, mar. 2011. p. 57-58. Edição Especial de Propriedade Intelectual.
- ⁹ ABRANTES, Guilherme de Mattos. INPI pode desconsiderar acordos de marcas coexistentes. *Revista Consultor Jurídico*, 21 jul. 2011.
- ¹⁰ ABRANTES, Guilherme de Mattos. *Op. cit.*
- ¹¹ CORREA, José Antonio B. L. Faria. O INPI e os acordos de coexistência de marcas. *Informativo Dannemann Siem-sen*, n. 22, set./nov. 2008.
- ¹² BARBOSA, Denis Borges. *Uma intro-dução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 274.

6. Referências Bibliográficas

- ABRANTES, Guilherme de Mattos. INPI pode desconsiderar acordos de marcas coexistentes. *Revista Consultor Jurídico*, 21 jul. 2011.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- COPETTI, Michele. Marcas e programas de computador: seus pontos de intersecção. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). A proteção jurídica da propriedade intelectual de software: noções básicas e temas relacionados. 1. ed. Florianópolis: Fiesc/Ielsc, 2008. v. 2. (Série Platic).
- CORREA, José Antonio B.L. Faria. O INPI e os acordos de coexistência de marcas. *Informativo Dannemann Siemsen*, n. 22, set./nov. 2008.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Propriedade Intelectual:* questões

- polêmicas. Edição Especial de Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Emarf-TRF 2ª Região/RJ, mar. 2011. p. 9-46.
- LOURO, Maria João Soares. Modelos de avaliação de marca. *RAE Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 40, abr./jun. 2000.
- SICHEL, Ricardo Luiz. Do acordo de convivência de marcas. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro: Emarf-TRF 2ª Região/RJ, mar. 2011. p. 55-61. Edição Especial de Propriedade Intelectual.
- SOARES, José Carlos Tinoco. *Marcas no*toriamente conhecidas: marcas de alto renome vs. diluição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



A JUDICIALIZAÇÃO E A JURIDICIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Andréa Geraldes Cabral Walter¹

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar o papel desempenhado pelas instituições jurídicas no Estado Democrático de Direito Brasileiro identificando as suas mazelas e possíveis soluções, em um contexto de litigação em massa.

Para isso, é essencial analisar as mudanças pelas quais a sociedade brasileira passou nas últimas décadas com a redemocratização do país. Nesse contexto, a Constituição de 1988 surge como protagonista da modificação da concepção do Direito que deixa de ser visto em uma perspectiva lógico-formal positivista para ser analisado como espaço público de definição e construção de direitos em resposta aos anseios sociais expressos na pluralidade materializada no pacto político. A Constituição de 1988 tem como pilares a harmonização entre os Poderes e a previsão de direitos e garantias fundamentais. Para concretizá-los, definiu novas atribuições às instituições jurídicas, que contribuem para o desenho atual do sistema de resolução de conflitos no Brasil.

O fenômeno da judicialização da política e das relações sociais, em que pese a existência de conceitos divergentes para defini-lo, representa, no contexto de mudanças referido anteriormente, a expansão da atuação do Poder Judiciário

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 73-84 - UCAM (Rio de Janeiro)

no processo decisório das democracias contemporâneas. É no aumento considerável de demandas sociais e políticas apresentadas ao Poder Judiciário que este fenômeno encontra justificativa.

A imbricação entre o Direito e a Política sempre existiu. O Direito não é Política, na medida em que este não se legitima pela maioria, mas pela racionalidade. Contudo, o Direito nasce da Política. A Constituição e as leis disciplinam o que foi deliberado como mais importante por determinada sociedade em um momento histórico. Esta escolha é eminentemente política. Ainda, os efeitos do Direito irradiam-se no meio social e político. Ademais, é impossível admitir o magistrado como ser imparcial. Os juízos de valor do magistrado, que revelam a sua ideologia, interferirão na decisão proferida. Os próprios conceitos de justiça e de segurança, que são bases do sistema jurídico, traduzem, de certo modo, uma dimensão política. A função jurisdicional é essencialmente política, posto que é exercida para a existência do Estado.

De outro lado, a invasão do direito no mundo contemporâneo alcança também:

a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais e responsáveis (VIANNA et al., 1999, p. 149).

Isto decorre da eficácia horizontal dos direitos fundamentais resultantes da aplicação das relações privadas. Em uma acepção clássica, os direitos fundamentais possuíam a função única de proteger o cidadão contra o Estado. Atualmente, objetivam, também, proteger os indivíduos entre si. Assim, impelidas pela teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, as relações sociais, antes exclusivamente privadas, são judicializadas, a fim de consolidar os valores constitucionais, não somente para resguardar o indivíduo do Poder Público, mas também seus pares.

Em apertada síntese, a judicialização da política corresponde ao protagonismo do Judiciário na efetivação de direitos, principalmente de cunho social e coletivo, e na implementação de políticas públicas (ASENSI, 2010, p. 40). Esta proatividade tem origem na Constituição de 1988, que reforçou o poder político do Judiciário como garantidor da aplicação da Constituição e das leis. Some-se a isso, a maior conscientização da sociedade acerca de seus direitos. Além de contar com o importante papel desenvolvido pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

Ademais, a própria Constituição, ao tratar de inúmeras matérias que antes eram relegadas exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo ordinário, atribuiu ao Judiciário o dever de manifestação sobre questões políticas, sociais e morais nas mais diversas áreas.

Ainda, o modelo constitucional de controle de constitucionalidade híbrido adotado pelo Brasil, com um rol extenso de legitimados à ação direta, repercute no aumento do número dos intérpretes constitucionais. No controle concreto, qualquer juiz ou tribunal pode analisar a constitucionalidade de lei ou ato normativo e, no controle abstrato, a sociedade, por meio de entidades de classe de âmbito nacional ou confederação sindical, tem legitimidade para propor ações diretas na via concentrada. Neste contexto, as questões políticas, sociais e morais relevantes são facilmente alçadas ao Supremo Tribunal Federal, quer por recurso extraordinário, quer por ação direta.

Outrossim, observa-se o incremento do poder político das associações de magistrados, principalmente por meio de manifestos e estratégias de pressão para a efetivação de direitos (ASENSI, 2010, p. 41).

Portanto, a judicialização da política decorre do modelo constitucional adotado pelo Brasil, que pretende garantir o bom funcionamento do Estado, mediante o sistema de freios e contrapesos, exprimindo o controle recíproco da atuação dos Poderes e, com isso, impedindo a ocorrência de arbitrariedades. Nesta perspectiva, a judicialização da política reforça a democracia.

A Constituição, em seu art. 1º, incisos II e III, prevê a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro. No art. 3º, inciso I da Carta Política, a solidariedade social é elencada como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Assim, não se sustenta mais a concepção positivista do Direito e, muito menos, sob a perspectiva privatística. Os direitos fundamentais previstos na Constituição, que implicam o dever de ação do Estado, não encerram conceitos fechados. Pelo contrário, reclamam a atuação dos intérpretes constitucionais que, mediante o processo hermenêutico aberto dos valores compartilhados pela comunidade buscarão a efetividade destes por meio da densidade e da corporificação dos princípios abstratamente configurados na Constituição.

Neste contexto, a participação da sociedade é essencial na construção do direito estatal, tanto na eleição de seus representantes, quanto por meio do efetivo acesso aos espaços públicos de debate, os quais propiciam a formação da opinião e o acesso à agenda das instituições políticas ao cidadão.

Ao analisar a expansão do direito e do Poder Judiciário, observa-se que:

em uma sociedade que jamais conheceu, de fato, a liberdade, se reveste, portanto, de uma dupla inspiração. De um lado, nasce, como em outros contextos nacionais contemporâneos, da ocupação de um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado e do sistema da representação; de outro, reitera uma prática com raízes profundas na história brasileira, em que o direito, como instrumento de ação de uma *intelligentzia* jurídica, se põe a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana (VIANNA et al., 1999, p. 153).

Com a consciência dos cidadãos de seus direitos e a afirmação da capacidade para reivindicá-los, o Judiciário surgiu como arena para a "discussão, aquisição e construção de direitos que, por inatividade dos demais Poderes, não foram ainda devidamente estabelecidos" (GALLO, 2009, p. 6).

No entanto, ainda que nos últimos anos o Judiciário tenha despertado como um importante instrumento de emancipação do cidadão e fortalecimento da esperança e da democracia, percebe-se que o judiciário vivencia uma crise que resulta na ineficiente tutela jurisdicional dos direitos. A seguir, serão analisados os desafios e obstáculos à judicialização da política no Brasil.

2. Desafios e obstáculos às instituições jurídicas

Nesse contexto de judicialização da política, verifica-se o desencadeamento de uma crise de credibilidade do Poder Judiciário. Certo é que o exercício da função jurisdicional tem contribuído para fomentar a democracia e a cidadania, conceitos ainda incipientes no Brasil. Entretanto, o Poder Judiciário não tem resolvido, de forma satisfatória, as demandas a ele submetidas.

A crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo, aliada à escassez de recursos e ao atendimento do chamado mínimo existencial, deu causa ao fechamento destes às demandas da cidadania. No entanto, diante da crise que assola o Poder Judiciário, visto, muitas vezes, como última instância para a solução dos conflitos que envolvem, principalmente, direitos prestacionais, a sociedade passa a desacreditar, também, na eficácia da prestação jurisdicional.

O efetivo acesso à justiça esbarra no colapso estrutural vivenciado atualmente pelo Poder Judiciário que possui um número avassalador de processos em tramitação, enquanto a quantidade de servidores e magistrados não cresce na mesma proporção.

A morosidade no julgamento das ações, além da falta de acesso à justiça pela população carente são, igualmente, entraves à tutela jurisdicional adequada.

De fato, o grande número de ações submetidas ao Poder Judiciário, ainda que represente um maior esclarecimento da população quanto aos seus direitos, não é condizente com a qualidade da prestação jurisdicional na resolução dos conflitos.

Constata-se que há grande receio dos juízes em julgar proativamente as ações coletivas, provavelmente em face do alcance da decisão e da grande repercussão econômica que possa ocasionar, decidindo, muitas vezes, de forma conservadora.

Ademais, há pouca sensibilidade dos magistrados em relação aos direitos coletivos e difusos, pois, na prática, a maioria deles não vivencia as necessidades reais dos cidadãos na luta por seus direitos.

Ainda que o Judiciário não se furte ao seu papel de protagonista na efetivação dos direitos, as decisões políticas proferidas pelos órgãos judiciais, nos mais diversos sentidos, causam o aumento da incerteza tanto da sociedade como do próprio Estado no rumo a ser seguido para a implementação das políticas públicas.

Até porque o Judiciário é um Poder composto por membros não eleitos, que, nestas condições, estariam se imiscuindo em questões preponderantemente afetas às competências dos demais Poderes, constituídos por representantes escolhidos pelo voto popular.

O modelo então predominante de solução de conflitos, que vê o juiz como "centro organizador dos direitos e elemento essencial de sua aplicação" (ASENSI, 2010, p. 43), possui, segundo Asensi, ao menos, três limitações:

a) o modelo adversarial da dinâmica judicial, associado ao princípio da inércia da jurisdição; b) a ênfase no momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não postos e vigentes no âmbito societário; c) a subvalorização metodológica e teórica em relação às demais instituições jurídicas e sociais, tais como o Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos participativos. (ASENSI, 2010, p. 43).

O modelo liberal clássico, "em que o juiz é o centro no qual gravitam as duas partes" (ASENSI, 2010, p. 43), não dá o devido destaque à formação de consensos pelo diálogo, já que pressupõe a existência de um vencedor e um perdedor.

Some-se a isso a inércia do Judiciário, que somente pode agir quando provocado, na busca da efetivação dos direitos. Assim, abre-se espaço para o crescimento de outras instituições jurídicas, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, que são dinâmicas pois podem agir independentemente de provocação.

A ênfase ao direito posto deixa em segundo plano "a construção e o reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não postos, mas vigentes, no âmbito societário" (ASENSI, 2010, p. 44). Diante de uma Constituição cidadã, que alberga valores distintos e da complexidade das relações sociais, o Estado não é o único centro produtor de direito legítimo. Observa-se a existência de "esferas não estatais que produzem outras concepções de direitos e conteúdos para a sua efetivação" (ASENSI, 2010, p. 44).

Portanto, considerar como unicamente válida a aplicação do direito positivo pelo juiz, em um processo judicial, é negligenciar a existência de outras formas de efetivação do direito posto e de construção de novos direitos. Nesta perspectiva, é essencial vislumbrar que o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública transcende a mera proposição de ações perante o Poder Judiciário.

A tentativa de ocultar as atribuições mais relevantes destas instituições essenciais à função jurisdicional, conforme preconizam os artigos 127 e 134 da Constituição, talvez se justifique na competição e forte tensão que, muitas vezes, ocorrem entre elas e o Estado, no âmbito dos três Poderes constituídos.

Ademais, há, por vezes, tensões internas dentro destas instituições, nas quais se formam grupos polarizados que defendem interesses contraditórios, cujas disputas pelo controle de seus rumos acabam desviando o principal objetivo de sua existência, qual seja, a defesa da democracia e do exercício da cidadania.

Mesmo assim, estas instituições jurídicas têm contribuído muito para o fenômeno da juridicização da política e das relações sociais, que será tratado no último tópico.

3. Possíveis soluções e estratégias

A juridicização da política e das relações sociais surge como um fenômeno que enaltece a extrajudicialidade na resolução de conflitos.

Impossível ignorar todas as medidas que vêm sendo tomadas, ao longo do tempo, para possibilitar o efetivo acesso à justiça. Cappelletti (*apud* RIBEI-RO, 2000, p. 5) propõe que o acesso à justiça seja repensado em três aspectos, a fim de que o Judiciário promova a efetivação dos direitos e da cidadania.

Definindo o acesso à justiça como movimento para a efetividade dos direitos sociais, o citado autor elenca a necessidade de se dar a adequada representação legal aos pobres, de desenvolver a tutela dos interesses difusos e coletivos e de simplificar os procedimentos judiciais, buscando a instrumentalidade do processo.

O enfoque dado aos direitos sociais não é por acaso. Por serem direitos de cunho prestacional, o acesso à justiça deixa de ser visto em uma perspectiva puramente formal para ser interpretado como sinônimo de efetividade do processo.

Várias são as iniciativas legislativas que vão ao encontro da proposta de Cappelletti, tais como o desenvolvimento e o aparelhamento das Defensorias Públicas, o aperfeiçoamento da tutela coletiva e a ascensão do Ministério Público e da Defensoria Pública para a promoção destes direitos, a simplificação dos procedimentos, com a implementação de Juizados Especiais, e a previsão da tutela de urgência, visando maior celeridade processual, dentre outras.

Acrescente-se também a criação de Varas Especializadas no Poder Judiciário e a descentralização, autorizada pela EC 45/04, dos Tribunais Regionais Federais, Regionais do Trabalho e de Justiça, que poderão constituir Câmaras Regionais, como parte de um planejamento estratégico voltado ao pleno acesso à justiça.

Institutos recentes como a Súmula Vinculante, a repercussão geral nos Recursos Extraordinários e a sistemática dos recursos repetitivos no âmbito dos Recursos Especiais surgiram para viabilizar a celeridade processual. No entanto, muitos os criticam por representarem verdadeira mitigação ao acesso à justiça.

Em um contexto de exaltação dos direitos coletivos e difusos, ou seja, de massificação dos conflitos, é igualmente necessária a valorização das ações coletivas, tanto para alcançar a efetividade destes direitos, quanto para diminuir o número de demandas individuais que poderiam ser evitadas. Assim, é essencial desenvolver um planejamento estratégico no acompanhamento destas ações de massa, instituindo Câmaras Especiais e Juizados para a resolução de lides, bem como procedendo à suspensão das ações individuais e definindo as formas de liquidação de sentença nas ações coletivas.

A Emenda Constitucional 45/2004, ao incluir os parágrafos 2º no art. 107, 1º no art. 115 e 7º no art. 125 da Carta Política, criou a possibilidade da instalação da Justiça Itinerante no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, Regionais do Trabalho e de Justiça. A Justiça Itinerante, disponibilizada por meio de unidades móveis, que chegam até áreas longínquas e necessitadas, tem como principal meta a composição amigável entre as partes, propiciando uma rápida solução do litígio.

Neste diapasão, constata-se que o modelo judicial tradicional de resolução de conflitos está ultrapassado. A ênfase a que se dá no momento prima pela solução dos litígios mediante consenso por meio do diálogo.

Portanto, não é por acaso que tem se dado maior importância à incorporação da sociedade civil nos processos decisórios, inclusive judiciais. Salienta-se, a título de exemplificação, a previsão do *amicus curiae* e de audiências públicas em processos de controle de constitucionalidade, que exprimem os ideais de uma democracia deliberativa e contribuem para a construção de decisões judiciais democraticamente legítimas.

O Direito espelha a estrutura social existente e, desta forma, não pode se ater a um único centro de produção de direitos e seus sentidos. As novas interpretações sobre o direito vigente não necessariamente remetem à interpretação oficial (e judicial) (ASENSI, 2010, p. 44). A pluralidade de instituições, atores e intérpretes atua decisiva e legitimamente na construção e garantia dos direitos.

Nesse sentido, dispõem Maciel e Koerner (2002, p. 128), observando que "a ampliação da análise do direito envolve seus vínculos com a dimensão da eticidade da sociedade civil e do exercício da cidadania." VIANNA et al. (1999, p. 153) asseveram que "o direito, seus procedimentos e instituições passam a ser mobilizados em favor da agregação e da solidarização social, como campo do exercício de uma pedagogia para o civismo".

Por isso, atualmente, impera a preocupação com a criação/ampliação de espaços alternativos para o exercício da cidadania e, neste contexto, as estratégias extrajudiciais de resolução dos conflitos surgem como uma possível solução para o engessamento do Poder Judiciário.

O processo de negociação, pactuação e concessão recíproca atende melhor à efetivação dos direitos. A incorporação da sociedade civil no processo garante a formação de consensos plurais e, assim, chega-se ao estabelecimento de estratégias de execução proativa de políticas públicas, "de modo a consolidar recursos, diretrizes e compromissos a serem implementados num dado tempo pactuado" (ASENSI, 2010, p. 49), de forma mais célere e eficiente.

A própria Constituição reconheceu esta necessidade ao atribuir autonomia funcional, administrativa e financeira ao Ministério Público e às Defensorias Públicas, instituições jurídicas centrais no processo de juridicização da política e das relações sociais. Ademais, ampliou as suas funções institucionais, dando-lhes mais poderes para a defesa, respectivamente, da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como dos hipossuficientes, nos aspectos econômicos e organizacionais, tanto judicial quanto extrajudicialmente.

Em que pese a importância da atuação destas instituições jurídicas como autoras da Ação Civil Pública para a defesa dos direitos coletivos e difusos de seus tutelados, urge destacar o importante papel que desempenham no âmbito extrajudicial.

Ao Ministério Público é autorizada a pactuação por meio de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que tem eficácia de título executivo extrajudicial, a expedição de recomendações e a instauração de inquérito civil. Estes instrumentos extrajudiciais permitem "uma atuação socialmente relevante ao Ministério Público, conferindo-lhe transparência e, principalmente, alcançando-lhe um *status* político nunca antes presenciado" (CAPPELLI, 2002).

Da mesma forma, a Defensoria Pública tem se estruturado para priorizar a resolução de conflitos no âmbito extrajudicial, em relação às questões individuais e coletivas. Além da atribuição de firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7347/85, esta instituição vem promovendo a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, por meio de projetos como a aproximação com as comunidades mais carentes, as Organizações Não Governamentais, as Associações de bairros, os moradores da zona rural, as comunidades quilombolas, entre outros (MARQUES, 2012).

Ainda, a LC nº 80/94 prevê, em seu art. 4º, incisos XX e XXII, a necessária participação da instituição, quando tiver assento, nos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às suas funções institucionais, respeitadas as atribuições de seus ramos, bem como a possibilidade de convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas atribuições. Tais prerrogativas elevam a Defensoria Pública à instituição de transformação social, pois participará ativamente na busca pela mudança positiva da realidade social encontrada (MARQUES, 2012).

Oportuna a análise de Marques, ao salientar que:

para se iniciar qualquer pensamento no sentido de se pleitear direitos, é preciso conhecê-los a fundo sob pena de tornar a busca pela efetividade de ditos direitos, completamente despida de conteúdo socioestrutural. Se não conhecemos a estrutura e a realidade que está por traz da omissão ou da ausência da prestação de direitos fundamentais, com certeza não teremos condições de dar efetividade a referidos direitos. (MARQUES, 2012).

Ademais, as associações, além de serem legitimadas ativas para a propositura de Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo, têm desempenhado importante papel na construção da cidadania.

Entretanto, percebe-se a ausência de consciência crítica na maior parte da população brasileira, que não tem acesso a um sistema educacional de qualidade e tampouco à educação jurídica imprescindível para que o indivíduo conheça seus direitos e deveres e, desta forma, possa reivindicá-los e tornar-se agente multiplicador do conhecimento obtido e transformador da sociedade em que vive. (ANDRADE, p. 9) O indivíduo somente pode ser considerado cidadão quando possui efetiva consciência de seus direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos e participa ativamente nas questões que envolvem a comunidade, inclusive na construção do Direito que regula suas condutas e protege seus direitos (ANDRADE, p. 4). Portanto, a educação e o desenvolvimento de uma cultura cívica são primordiais para a solução dos problemas enfrentados.

As instituições jurídicas mencionadas — Ministério Público e Defensoria Pública —, em parceria com a sociedade civil, não objetivam substituir a função jurisdicional exercida pelo Judiciário, mas complementá-la na busca pela efetivação dos direitos, notadamente os coletivos e difusos, a fim de promover os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana que justificam o Estado Democrático de Direito Brasileiro e concretizar o objetivo da República em organizar uma sociedade livre, justa e solidária.

4. Conclusão

Em um contexto de crise de representatividade dos Poderes eleitos e da credibilidade e legitimidade da função jurisdicional, a sociedade reclama novas formas para a inclusão do cidadão na construção das decisões públicas, o que se pode chamar de ascensão da democracia deliberativa em substituição à democracia representativa.

A efetivação dos direitos fundamentais que possuem força normativa, não pode ficar a bel prazer de poucos detentores do poder. A própria Constituição prevê a maior participação da sociedade civil nas decisões públicas, seja mediante legitimidade para propor Ação Popular, seja por meio da participação em conselhos, dentre outras formas de enaltecer a democracia. Ademais, as associações, o Ministério Público e a Defensoria Pública têm desempenhado relevante papel na construção da cidadania e na propagação de uma cultura cívica.

O processo de abertura política e de redemocratização do país trouxe à baila novos atores e intérpretes do direito e desencadeou o surgimento de espaços públicos não estatais de pactuação e superação dos obstáculos por meio do diálogo e do consenso. A abertura do Direito à pluralidade de interesses dos diversos atores sociais, disputando com igual legitimidade espaço e atendimento pelo poder estatal, realiza a sua função social, que prega a sua indissociabilidade da realidade que o cerca (ROCHA, 2011, p.1).

5. Nota

¹ Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp e em Direito Público pela Fundação Getulio Vargas/RJ. Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes/RJ. Procuradora da Fazenda Nacional, lotada na Divisão de Assuntos Estratégicos do Departamento de Gestão Corporativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em Brasília/DF. Ex-Procuradora do Estado da Paraíba.

6. Referências Bibliográficas

- ANDRADE, Mariana Dionísio de. O acesso à justiça e à cidadania aspectos formais e a importância da educação jurídica. *Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares*. Disponível em: http://gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/Acesso-aa-Justica-e-Cidadania-educacao-juridica-MarianaDionisiodeAndrade.pdf. Acesso em: 3 jun. 2012.
- ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 3 jun. 2012.
- CAPPELLI, Sílvia. Atuação extrajudicial do Ministério Público. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 46, p. 230-260, jan./mar. 2002. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id27.htm>. Acesso em: 3 jun. 2012.

- GALLO, Carlos Artur. Algumas considerações sobre a judicialização da política na América Latina. *Revista Sociologia Jurídica*, n. 10, jan./ jun. 2010. Disponível em: <www.sociologiajuridica.net.br/numero-10/229-gallo-carlos-artur-algumas-consideracoes-sobre-a-judicializacao-da-politica-na-america-latina>. Acesso em: 3 jun. 2012.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&nrm=iso&tln g=pt>. Acesso em: 3 jun. 2012.
- MARQUES, Arthur Luiz Pádua. Defensoria Pública: Atuação extrajudicial em prol dos Direitos Sociocoletivos. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, 1 abr. 2012. Disponível em: <www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=101>. Acesso em: 3 jun. 2012.
- MIRANDA, Andrea Tourinho P. de. A justiça comunitária e o papel da Defensoria Pública face à desjuridicização: Reflexões sobre uma nova forma de se construir uma Justiça mais humana. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8626&revista_caderno=22. Acesso em: 3 jun. 2012.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política? *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, jul./set. 2005. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-

- -52582005000300004&nrm=iso&tl ng=pt>. Acesso em: 3 jun. 2012.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. Estudos Avançados, São Paulo, v. 14, n. 38, jan./abr. 2000. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000100017>. Acesso em: 3 jun. 2012.
- ROCHA, José Cláudio. A participação popular na gestão pública no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2886, 27 maio 2011. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/19205. Acesso em: 3 jun. 2012.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cristiana Muraro Társia¹, Thales Tebet da Cruz² e Priscilla de Souza Pestana³

1. Introdução

As pessoas jurídicas são conhecidas como entidades às quais a lei⁴ atribui personalidade própria e distinta das pessoas naturais que as compõem, com a finalidade de adquirirem direitos e contraírem obrigações.

Entretanto, ao longo dos anos, algumas pessoas jurídicas foram utilizadas como verdadeiros instrumentos de fraude aos direitos dos credores, que invariavelmente tinham seus créditos não satisfeitos por ausência de patrimônio suficiente da sociedade.

Para combater este abuso de direito, surgiu no direito anglo-saxão a denominada disregard doctrine ou disregard of legal entity doctrine — no Brasil conhecida como teoria da desconsideração da personalidade jurídica — que, em síntese, surgiu para permitir a ruptura, mesmo que momentânea, da autonomia patrimonial da empresa para que se pudesse atingir o patrimônio dos sócios que a tenham utilizado de forma fraudulenta.

No presente ensaio será vista a discussão atual que contempla a polêmica sobre a aplicação dessa teoria no âmbito de processos administrativos, além

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 85-104 - UCAM (Rio de Janeiro)

das posições da doutrina, jurisprudência – judicial e administrativa – e das principais leis promulgadas no direito brasileiro.

2. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil: doutrina civil-empresarial, decisões judiciais e positivação legal

O jurista Rubens Requião foi o primeiro doutrinador a defender a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, quando da publicação do artigo intitulado "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica", em 1969, antes mesmo de haver disposição legal admitindo tal hipótese.

Segundo o entendimento do autor, a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser aplicada pelo Poder Judiciário nos casos em que a pessoa jurídica fosse utilizada com o intuito de fraudar as leis ou cometer ilícitos. Dessa forma, o patrimônio dos sócios poderia ser atingido para satisfação do crédito.

Com o tempo, a *disregard doctrine* foi amplamente aceita pelos tribunais brasileiros, ainda que sem expressa autorização legal neste sentido. Isto porque, de acordo com o entendimento inicial, o abuso de direito não derivaria do eventual regime jurídico aplicável, mas seria proveniente da Teoria Geral do Direito.

A permissão para a desconsideração da personalidade jurídica acabou por ingressar no arcabouço legal, sendo expressa no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990), na Lei Federal nº 9.605/1998 e no artigo 50 do Código Civil.

Apontam-se, também, como exemplos de positivação legal brasileira da disregard, doctrine o artigo 135 do Código Tributário Nacional (CTN), o parágrafo segundo do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (Decreto-Lei nº 5.452/1943) e alguns dispositivos da Lei das S/A (Lei Federal nº 6.404/1976).

Mas foi a edição do Novo Código Civil, no ano de 2002, que efetivamente criou uma disciplina geral para o assunto, por meio do já mencionado artigo 50, que instituiu uma autorização extraordinária para o atingimento do patrimônio pessoal dos sócios da pessoa jurídica, nos casos em que seja constatado "abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial".

Há uma categorização clássica dos tipos de desconsideração da personalidade jurídica que se dividiriam em teoria maior e menor. A primeira é aquela que exige elementos subjetivos para a caracterização, como, por exemplo, a intenção de fraudar; a segunda estabelece a necessidade do estado de insolvência – isto é, uma situação de dificuldade de ressarcimento pelo credor – para a aplicação da disregard doctrine. Bem sintetizando a distinção da diferenciação teórica, são pertinentes os ensinamentos de Flávia Albertin de Moraes:⁵

A teoria maior, alicerçada em princípios subjetivos, exige, para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, a fraude ou o abuso de direito. É preciso, assim, a demonstração da má-fé, da intenção dos sócios de se valerem da pessoa jurídica desviando os fins que permitiriam a sua criação. Nesse passo, foi introduzida outra subdivisão teórica: a teoria maior subjetiva, em que é preciso para desconsiderar a personalidade jurídica, comprovação da insolvência empresarial, aliada à demonstração de desvio de finalidade; e a teoria maior objetiva que, com espeque nos estudos de Fábio Konder Comparato, requer a existência de confusão patrimonial.

A teoria menor permite a ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica diante do fato de apresentarse a empresa insolvente para honrar suas obrigações. O credor, dessa feita, não necessita provar a presença de dolo ou de confusão patrimonial.

Como visto anteriormente, a despeito de se pretender dar contornos de generalização da desconsideração autorizada pelo artigo 50 do Novo Código Civil, há diversas leis que tratam sobre o assunto, regulando cada uma delas as relações inerentes aos seus microssistemas (consumerista, ambiental etc.) e disciplinando de forma, por vezes, diferente – pela adoção seja da teoria maior ou da menor, corrente objetiva ou subjetiva – o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Cumpre dizer que o Projeto de Novo Código de Processo Civil (PL nº 8.046/2010) traz importantes disposições⁶ a respeito do instituto em questão, como mais uma forma de trazer segurança jurídica a sua aplicabilidade.

Em regra, a desconsideração da personalidade jurídica "[n]ão se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos". Por isso, a pessoa jurídica não é extinta ou reputada inexistente. Na verdade, ocorre o fenômeno chamado de "ineficácia relativa", tendo em vista que a personalidade jurídica é desconsiderada somente para atos pontuais.

Portanto, restou pacificada a possibilidade de se determinar – no âmbito de processos judiciais – a desconsideração da personalidade jurídica de sociedades regularmente instituídas com o objetivo de atingir o patrimônio dos

sócios, desde que respeitados os requisitos legais e constitucionais.

3. Polêmica sobre a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em processos administrativos

Conforme observado nos tópicos precedentes, com a evolução histórica ocorreu ampla aceitação da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de entidades privadas, inicialmente por meio de reconhecimentos judiciais, depois pela sistematização doutrinária, culminando na positivação legislativa civil-empresarial.

Porém, outra discussão que surge com força é a possibilidade de órgãos e entidades da Administração Pública, em sede de processos administrativos, aplicarem a *disregard doctrine*. Os subtópicos a seguir trarão o panorama legislativo, jurisprudencial e doutrinário sobre o assunto no Brasil.

3.1. Entendimentos favoráveis: Tribunal de Contas da União – TCU, Superior Tribunal de Justiça – STJ, doutrina e legislação

A jurisprudência maciça do TCU é no sentido de ser possível a aplicação da disregard doctrine em processos administrativos de sua competência, mesmo na ausência de autorização expressa, seja na CRFB/88, seja na Lei Orgânica do TCU (Lei Federal nº 8.443/1992), seja em outra lei ordinária, seja no Regimento Interno (Resolução TCU nº 246/2011).

Do mesmo modo que o Poder Judiciário iniciou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica antes de qualquer previsão legal expressa, baseando-se apenas em princípios gerais do Direito, o TCU tem admitido sua aplicação na esfera administrativa. Tal qual ocorre nos processos judiciais, a Corte de Contas também restringe a aplicação desta teoria àquelas hipóteses em que se identifica a utilização da pessoa jurídica como meio de burlar leis ou fraudar direitos, conforme se observa pela transcrição a seguir de recente julgado dessa Corte, *in verbis*:

[...] 9. Por meio dessa empresa [Central do Brasil Cultura e Meio Ambiente Ltda.], foram captados recursos no valor histórico de R\$ 629.286,31 destinados à realização do projeto incentivado. Entretanto, ante a omissão no dever de prestar contas, firma-se a presunção, ainda que *juris tantum*, da ocorrência do desvio desses recursos públicos. Portanto, os fatos estão a indicar a utilização da pessoa jurídica da empresa como meio de obter recursos públicos em valores muito superiores ao seu

capital social, recursos esses que, em princípio, teriam sido desviados pelos seus sócios. Há que ser ressaltado, ainda, que a mencionada empresa sequer foi localizada no seu endereço, o que culminou na sua citação por meio de edital.

10. Ante esses fatos, resta caracterizada, em princípio, a utilização fraudulenta da pessoa jurídica da empresa como meio para a prática, por parte de seus sócios, de desvio de recursos públicos, o que autoriza a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, de forma que seus sócios respondam pelo dano ao erário praticado por meio da pessoa jurídica. [...]⁸

Em adição, o TCU manifesta entendimento de que descaberia qualquer tipo de permissão judicial para a aplicação da desconsideração administrativa da personalidade jurídica nos processos de sua competência, conforme se verifica por julgados desta Corte de Contas.⁹

Nessa linha, o TCU tem afastado a aplicação do princípio da reserva de jurisdição¹⁰ no tocante à aplicação da *disregard doctrine*, sob o argumento de que as suas competências provêm da CRFB/88. No entanto, segundo o entendimento adotado quanto à extensão de seus poderes nesta matéria, apenas os órgãos colegiados (Plenário ou Câmaras) do Tribunal estão autorizados a decretar a desconsideração da personalidade jurídica. Assim afasta-se a possibilidade de um ministro decidir monocraticamente a este respeito. Sobre este ponto específico, colha-se o seguinte julgado:

Nos termos do art. 109 do CPC, compete ao juiz da causa principal decidir sobre a ação declaratória incidente. No TCU, cabe aos órgãos colegiados o julgamento da causa principal e das questões incidentais. Ao relator, é reservada a prática de atos processuais, por meio de despacho (arts. 11 da Lei nº 8.443/1992, e 162, § 3º, do CPC). [...] Assim, a proposta de desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de abuso de direito, deve ser submetida à deliberação do colegiado competente para julgar o processo em que ocorre a questão incidental.¹¹

Em sede doutrinária também é possível encontrar apoio para a defesa da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nos processos administrativos em curso no TCU, cujo fundamento, mesmo diante da ausência de uma previsão legal específica, residiria na proteção do interesse público e na observância dos princípios constitucionais estampados no art. 37, caput, da CRFB/1988. Nas palavras de Marianna Montebello "os princípios da superiori-

dade do interesse público, da moralidade e da eficiência legitimam e recomendam a utilização do instituto nas relações travadas entre particulares e Administração Pública" ¹².

Nesse toar é relevante consignar que não é apenas o TCU que entende pela possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* em processos administrativos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já se manifestou favoravelmente no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166, cuja relatoria pertenceu ao Ministro Castro Meira, no qual a Segunda Turma decidiu pela manutenção de ato administrativo proveniente de Secretaria Estadual que procedeu à desconsideração da personalidade jurídica em processo administrativo.

Neste caso, verificou-se que os sócios de certa empresa declarada inidônea para licitar criaram outra empresa de "fachada", com o intuito de burlar a penalidade anteriormente aplicada e, assim, participar do certame almejado. Desta forma, a Administração Estadual entendeu por estender os efeitos daquela penalidade também para a nova entidade constituída fraudulentamente. O principal fundamento foi a proteção da moralidade administrativa, viabilizada por meio do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em sede de processo administrativo, como se pode verificar na ementa publicada:

- [...] SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.
- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.
- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar

a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.¹³

Nesse passo, nota-se que o STJ ponderou os princípios da moralidade e da legalidade estrita, tendo manifestado entendimento de que a aplicação do princípio da legalidade não impõe necessariamente a existência de autorizações legais específicas, pois a autorização legal pode decorrer, em certos casos, de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico como um todo, principalmente quando se trata de ponderação de princípios. Por oportuno, colham-se os trechos mais importantes do voto do Ministro Relator Castro Meira, *in verbis*:

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermeneuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo. [...]

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a intelecção do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.

[...] como forma de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos Princípios da Moralidade Administrativa e da Indisponibilidade do Interesse Público, possa a Administração desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Poder Judiciário, graças à executoriedade dos atos administrativos, desde que, repita-se, tenha sido assegurado ao administrado a mais ampla defesa em processo administrativo regular.

Observa-se neste caso um alargamento da clássica teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A concepção original da *disregard doctrine*, conforme visto, versou sobre o atingimento do patrimônio pessoal do sócio, com o intuito de satisfazer execução de dívidas. Por outro lado, no julgado citado, ocorreu a extensão dos efeitos de sanção aplicada anteriormente a uma sociedade para outra (composta pelos mesmos sócios e com o mesmo objeto social). Daí o porquê de se denominar esta variação de desconsideração extensiva.

A Lei de Licitações do Estado da Bahia (Lei Estadual nº 9.433/2005), em seu artigo 200¹⁴, adotou a posição para as licitações e procedimentos administrativos de compras no âmbito daquele Estado. A propósito, colham-se a palavras de Flávia Albertin de Moraes¹⁵:

No estado da Bahia, a desconsideração da personalidade jurídica vinha sendo aplicada com supedâneo em pronunciamentos jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado. Em 2005, com a Lei Estadual nº 9.433, o procedimento adotado foi positivado, de acordo com o seu art. 200. [...] Com o advento da lei estadual baiana, a penalidade imposta a uma pessoa jurídica pode vir a ser estendida a outra sociedade, desde que seus sócios sejam comuns e que haja similitude ente os objetivos sociais das duas empresas.

Nessa mesma linha, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.709/2007, de autoria do Poder Executivo, o qual objetiva-se promover diversas alterações na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/1993). Dentre elas a inclusão de dispositivo vetando a participação em licitações ou a contratação de pessoas jurídicas cujos diretores, gerentes ou representantes tenham sido punidos pela prática de atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, ou quando a sociedade tenha se dissolvido irregularmente. 16

Também há outras disposições legais conferindo tal prerrogativa a órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, como exemplo, cita-se o artigo 18¹⁷ da Lei Federal nº 8.884/1994 (disciplina a atuação do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica).

A mencionada lei veio a ser quase integralmente revogada pela Lei Federal nº 12.529/2011 (que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Esta disciplina simultaneamente os poderes do Cade e dispõem sobre o processo administrativo no âmbito autárquico. Mesmo assim, o artigo 34¹8 da nova Lei do Cade teve sua redação bastante similar, permanecendo, inalterada a competência desta autarquia federal para, nas hipóteses descritas na lei, aplicar a disregard doctrine.

Na esteira deste raciocínio, menciona-se também a Lei Federal nº 9.847/1999. Esta disciplina as atividades de fiscalização relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, e dispõe sobre processo administrativo para apuração de infrações e cominação de sanções. Esta lei, especificamente no parágrafo 3º do artigo 18, confere à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) poder para desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade empresária "sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis".

Por fim, é digna de nota a recente edição da Lei Federal nº 12.846/13 (conhecida como "Lei Anticorrupção") que introduziu no ordenamento jurídico pátrio, por meio do artigo 14, hipótese de desconsideração administrativa da personalidade jurídica em âmbito mais geral.¹⁹

Isto é, ao dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, a lei anticorrupção trouxe expressa autorização para a desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa. Como se segue, esta norma poderá demover o principal argumento jurídico contrário à aplicação da *disregard doctrine* pela Administração Pública.

3.2. A Questão da incidência dos princípios da legalidade e da reserva de jurisdição

Não obstante a aceitação exposta anteriormente da desconsideração da personalidade jurídica, há argumentos contrários a sua aplicação em âmbito administrativo. Em síntese, pode-se alegar que dentre eles se destaca a inexistência de expressa autorização na CRFB/88 ou em lei, fazendo com que o uso desta teoria restrinja o exercício do direito de empresa.

Como a Constituição de 1988, por óbvio, não é minuciosa a ponto de indicar quais órgãos seriam dotados desta prerrogativa, o foco da questão é a obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se argumentar que determinada estrutura governamental somente poderá aplicar a disregard doctrine quando houver previsão expressa na lei de criação ou organização do órgão ou entidade da Administração Pública Indireta correspondente.

Como visto anteriormente, há leis que autorizam a desconsideração administrativa da personalidade jurídica de empresas por entidades administrativas como, por exemplo, o Cade, a ANP e até mesmo a Administração Pública Baiana. Todavia, quanto aos Tribunais de Contas rememore-se que não há na sua Lei Orgânica (Lei Federal nº 8.443/1992) qualquer autorização expressa

neste sentido. Então o uso da disregard doctrine por esses Tribunais administrativos feriria o princípio da legalidade?

Conforme já exposto – como amostra da vasta jurisprudência do TCU²⁰ – este órgão de controle externo aplica a desconsideração administrativa sem quaisquer reservas, em razão da incidência dos princípios da moralidade e indisponibilidade do interesse público.²¹

Contudo, com a edição da Lei Federal nº 12.846/13, positivou-se a possibilidade de a personalidade jurídica ser desconsiderada sempre que ocorrer abuso do direito ou para provocar confusão patrimonial, tendo a extensão dos efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica e aos seus administradores ou sócios com poderes de administração, como já mencionado na transcrição do seu artigo 14 citado anteriormente.

Portanto, considerando que a lei anticorrupção tem âmbito de atuação difuso por toda a Administração Pública Direta e Indireta Brasileira, o argumento de ausência expressa de lei autorizativa – e da violação ao princípio da legalidade – para que o TCU utilize a *disregard doctrine* pode ser demovido.

Por outro lado, embora relevantes os argumentos ventilados, é necessária uma reflexão na medida em que são assegurados às pessoas jurídicas direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos às pessoas físicas, ainda que limitados pelas peculiaridades que lhe são próprias.

A jurisprudência do STF reconhece que pessoas jurídicas são portadoras de direitos fundamentais.²² Acompanhando esta posição, a doutrina nacional majoritária aceita e reconhece a existência de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, conforme entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet.²³

Assim, prevalece a regra de que, havendo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza da pessoa jurídica, deve ser assegurada a proteção constitucional. Observa-se nesta perspectiva a extensão da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Tem-se por finalidade maior proteger os direitos das pessoas físicas, alcançando-se assim, por meio desta tutela, maior proteção aos indivíduos.

Por isso, por se tratar de direitos fundamentais das pessoas jurídicas, podese argumentar que a extensão de uma penalidade anteriormente imposta, por meio da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, somente poderia ser decretada pelo Poder Judiciário, em homenagem ao princípio da reserva de jurisdição.

Conceituando esse importante princípio do ordenamento constitucional democrático, são importantes as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:²⁴

A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra, mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio *nulla poena sine judicio*.

Como se observa, o jurista lusitano correlaciona o princípio da reserva de jurisdição com a aplicação de penas em matéria criminal. Tomando-se como base esse entendimento, por analogia, é jurídico concluir que, quando se trata de aplicação ou extensão de penalidades administrativas severas — como é o caso de declaração de idoneidade e/ou proibição de contratar com a Administração —, a desconsideração somente poderia ocorrer por meio de ação judicial, pois o juiz é dotado de prerrogativas (inamovibilidade, vitaliciedade etc.) que os agentes públicos comuns não possuem, além da necessária imparcialidade e equidistância inerente aos processos judiciais.

Canotilho avança sobre o tema, no intuito de identificar o alcance do monopólio jurisdicional e socorre-se do chamado critério das duas palavras. Distinguindo o monopólio da "última palavra" do monopólio da "primeira palavra". No primeiro caso, ainda que legítima a intervenção de outros Poderes, é conferida a última palavra ao Judiciário sobre a questão preservando-se o direito de acesso à justiça. Já no segundo, confere ao juiz não só o monopólio da última palavra como também o da primeira palavra, ou seja, exclui-se qualquer outro pronunciamento anterior, havendo um monopólio, por assim dizer, absoluto.

Tendo como fundamento os ensinamentos do mencionado jurista português, é possível verificar a existência de entendimento que reputa inconstitucional a aplicação da *disregard doctrine* em âmbito administrativo, por se tratar de caso em que o Poder Judiciário teria o monopólio da "*última palavra*". ²⁵

3.3. Decisão liminar no MS nº 32.494 proferida pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF)

Esta matéria foi recentemente levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do MS nº 32.494 MC/DF, tendo o Ministro Celso de Mello deferido liminar no sentido de suspender decisão do TCU que aplicou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O referido mandado de segurança foi impetrado com o objetivo de suspender os efeitos do item 9.4 do Acórdão nº 2.593/2013 – TCU – Plenário, proferido no TC nº 000.723/2013-4. Por meio desta decisão administrativa, da relatoria do Ministro Walton Alencar, o TCU desconsiderou a personalidade jurídica de uma empresa, de modo a estender os efeitos da sanção aplicada à outra, em virtude da comprovação de que a instituição visou burlar uma sanção administrativa anteriormente aplicada à primeira.

No entanto, a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello fundou-se não em um juízo de inconstitucionalidade da desconsideração administrativa da personalidade jurídica, mas sim em homenagem ao princípio geral de cautela, uma vez que se trata de questão relevante ainda não enfrentada pelo Plenário do STE.

Antes, ao contrário, é possível identificar que o Ministro relator adianta o entendimento a favor da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, como indica a própria ementa do julgado, *in verbis*:

[...] PRÁTICA DE ATOS COM ABUSO DA PER-SONALIDADE JURÍDICA. SIMULAÇÃO. APLI-CAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO DA SANÇÃO APLICADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 7º DA LEI DO PREGÃO, PARA EMPRESA VINCULADA [...].

Também por imposição dos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos, a Administração Pública pode desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades constituídas com abuso de forma e fraude à lei, para a elas estender os efeitos da sanção administrativa, em vista de suas peculiares circunstâncias e relações com a empresa suspensa de licitar e contratar com a Administração.

Nos autos do MS nº 32.494 MC/DF, os impetrantes alegaram, resumidamente, que: (i) a decisão do TCU violou os diplomas que tratam explicitamente da desconsideração da personalidade jurídica; (ii) ofensa aos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XLV; e, 71 todos da CRFB/88; e (iii) que o TCU teria agido além dos limites de sua competência institucional. O Ministro Celso de Mello, no entanto, assinalou expressamente o seguinte em sua decisão:

[...] em juízo de sumária cognição, parece-me revestir-se de legitimidade constitucional a possibilidade teórica de aplicação da *disregard doctrine*, que permitiria ao Tribu-

nal de Contas da União adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República.

[...] parece-me que a ausência de autorização legal outorgando ao Tribunal de Contas da União competência expressa para promover the lifting of the corporate veil não violaria, aparentemente, o postulado da legalidade, eis que a aplicação, em nosso sistema jurídico, da disregard doctrine, como sabemos, precedeu, em muitos anos, a própria edição dos diplomas legislativos anteriormente referidos [...].

É importante acentuar que a aplicação do instituto da desconsideração (*disregard doctrine*), por parte do Tribunal de Contas da União, encontraria suporte legitimador não só na teoria dos poderes implícitos, mas, também, no princípio constitucional da moralidade administrativa, que representa um dos vetores que devem conformar e orientar a atividade da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

Assim, numa leitura preliminar, parece que os argumentos contrários à possibilidade de desconsiderar administrativamente a personalidade jurídica foram refutados, uma vez que houve o reconhecimento expresso de que: (i) o TCU teria poderes implícitos para aplicar a *disregard doctrine*; e (ii) mesmo diante de ausência legal expressa neste sentido, haveria que se buscar o prestígio ao princípio da moralidade.

Entretanto, como manifestamente consignado em sua decisão, o Ministro Celso de Mello optou em adotar uma postura mais conservadora em razão do ineditismo da matéria perante o Supremo, concedendo a liminar até que o Plenário do STF pudesse se pronunciar quanto à constitucionalidade da aplicação, em sede administrativa, da desconsideração da personalidade jurídica. Extrai-se deste relevante trecho de sua decisão:

Todas as considerações que venho de fazer [...] levar-me-iam a denegar o pleito cautelar ora deduzido na presente causa.

Ocorre, no entanto, que [...] seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da *disregard doctrine* no âmbito dos procedimentos administrativos, seja porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato

jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da disregard doctrine, pela própria Administração Pública, agindo pro domo sua, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade.

Como se vê, mesmo entendendo que o TCU deteria poderes para aplicar a disregard doctrine, o Ministro Celso de Mello decidiu por bem suspender liminarmente o Acórdão nº 2.593/2013 – TCU – Plenário em razão de 4 (quatro) motivos, que ao seu entendimento merecem debate mais aprofundado. Sendo estes: (i) o fato de o STF ainda não ter se pronunciado sobre a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo; (ii) a existência de embasados entendimentos doutrinários, que defendem a impossibilidade da desconsideração administrativa, por força da reserva de jurisdição; (iii) a necessidade de exame mais aprofundado sobre a possibilidade da pena aplicada recair sobre pessoa diversa daquela que cometeu a infração (em respeito ao princípio da intranscendência das sanções); e (iv) o imperativo estudo sobre a viabilidade jurídica da Administração Pública utilizar a disregard doctrine em seu próprio favor (pro domo sua).

Todavia, posteriormente, no bojo do mesmo Mandado de Segurança, o Subprocurador-Geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco, manifestou-se em debate aos argumentos expostos anteriormente, no sentido de que outras entidades estatais, além das judiciárias, também podem aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, principalmente quando se trata da orientação Constitucional de preservar a moralidade administrativa. Leia-se:

Quanto à competência do Tribunal de Contas para se valer da técnica que levou à extensão da pena à empresa impetrante, já se viu que o ordenamento jurídico não é avesso a que autoridades estatais outras, além das judiciárias, possam, no desempenho das suas atribuições legais, valer-se da desconsideração da personalidade jurídica de empresa, com vistas a restabelecer a força e o sentido da lei. Não haveria por que recusar ao TCU semelhante poder, quando, no desempenho da missão que a Carta da República diretamente lhe confiou, orienta-se a preservar o valor constitucional da moralidade administrativa.

Veja-se, ainda, que em relação à intranscendência das sanções, o *parquet* pondera que não se trata da transmissão da pena, propriamente dita, mas da extensão da sanção administrativa com objetivo de não tornar sua aplicação sem efeitos. É o que se pode ler no seguinte trecho:

Por outro lado, discutiu-se no processo paradigma a desconsideração da personalidade jurídica típica, qual seja, o afastamento do "véu da pessoa jurídica" para imputar responsabilidade aos sócios. [...] O argumento da intranscendência da pena tampouco impressiona. Não se trata, aqui, de transmissão da pena de uma pessoa jurídica a outra, mas de extensão da sanção administrativa, com vistas a impedir que se frustre o propósito legal da sua aplicação; em suma, para obviar tentativa de fraude à lei em procedimento licitatório.

Assim, apesar da existência de processo, cujo objeto está relacionado à aplicação da *disregard doctrine* em âmbito administrativo, a Corte Constitucional pátria ainda não tem posição firmada quanto a este tema.

Além disso, também tramita no STF a ADI nº 2446²6, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio, com o objetivo de apontar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN, introduzido por meio da Lei Complementar nº 104/2001, que autorizou a Administração Pública a desconsiderar certos atos ou negócios jurídicos quando flagrante o objetivo de "dissimular a ocorrência de fato gerador".²7

4. Conclusão

Conforme exposto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu com a finalidade de proteger aqueles que tinham seus direitos violados em razão da utilização fraudulenta da pessoa jurídica pelos seus sócios.

Classicamente, a desconsideração da personalidade jurídica configura uma medida excepcional, decretada por um juiz, no curso de um processo judicial. Porém, com a evolução da teoria, passou-se a questionar a possibilidade de aplicação da disregard doctrine pela Administração Pública, no bojo de processos administrativos.

Como visto, a jurisprudência pacífica do TCU e do STJ ocorre na intenção de permitir a aplicação da teoria no curso de processos administrativos, em razão da incidência dos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público.

Por outro lado, pode-se argumentar que, além de não haver qualquer permissivo legal, a Administração Pública não poderia se valer desta prerrogativa,

já que somente o Poder Judiciário detém a função jurisdicional e, consequentemente, o poder de afastar pontualmente a autonomia patrimonial de pessoas jurídicas.

Porém, com a edição da Lei Federal nº 12.846/13, possibilitou-se a desconsideração da personalidade jurídica pela Administração Pública, enfraquecendo, assim, os argumentos contrários que podem ser evocados contra a aplicação da teoria no bojo de processos administrativos.

No entanto, ainda não há um pronunciamento definitivo do STF a respeito do tema, havendo apenas uma recente decisão liminar proferida pelo Ministro Celso de Mello que, embora tenha sinalizado a possibilidade de utilização da teoria pelo TCU, entendeu por bem levar a matéria ao Plenário, para que possa ser realizada uma análise mais aprofundada sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Administração Pública.

5. Notas

- ¹ Mestre em Direito Constitucional Econômico pela Universidade Candido Mendes – UCAM. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Advogada coordenadora na Siqueira Castro Advogados no Setor Regulatório e de Infraestrutura.
- ² Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho – UGF. Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes – UCAM. Advogado na Siqueira Castro Advogados no Setor Regulatório e de Infraestrutura.
- ³ Pós-Graduada em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getulio Vargas – FGV/RJ. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada na Siqueira Castro Advogados no Setor Regulatório e de Infraestrutura.
- ⁴ Notadamente o Código Civil Brasileiro (Lei Federal nº 10.406/2002).
- ⁵ MORAES, Flávia Albertin. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo punitivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 252, p. 45-65, 2009.
- ⁶ "CAPÍTULO II DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONA-LIDADE JURÍDICA
- Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens

de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

- I pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;
- II é cabível em todas as fases, processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.
- Art. 78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.
- Art. 79. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento."
- ⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* 25. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 378.
- ⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2.590/2013 TCU Primeira Câmara*. Relator: Ministro Augusto Sherman. 30 abr. 2013. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 27 fev. 2014.
- "[...] Não se coaduna com o ordenamento jurídico vigente, em que prepondera o princípio da independência das instâncias, a hipótese de o TCU, quando do exercício de suas competências constitucionais, depender de autorização judicial para alcançar aqueles que efetivamente lesam o erário". BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.925/2012 TCU Plenário. Relator: Ministro José Jorge. 25 jul. 2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 27 fev. 2014.
- 10 "O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera

única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. (Trechos do Voto Ministro Celso de Mello no MS nº 23.452, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000).

¹¹BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.891/2010 – TCU – Plenário*. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 4 ago. 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 27 fev. 2014.

¹² MONTEBELLO, Marianna. Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo:* Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 223-253.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS* 15.166 – *BA*. Relator: Ministro Castro Meira. 7 ago. 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2014.

14 Art. 200 — "Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida."

¹⁵MORAES. Flávia Albertin. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo punitivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 252, p. 45-65, 2009.

16 Art. 1º "Os arts. 2º, 6º, 15, 16, 20, 21,
22, 23, 26, 28, 32, 34, 38, 40, 42, 43,
61, 87 e 109, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

[...]

'Art. 28.

VI – declaração do licitante de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 desta Lei, bem como dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas, nos termos do § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do § 4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção.

[...]

Art. 87.

§ 4º "As sanções previstas nos incisos III e IV aplicam-se também aos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado contratadas, quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade". (NR)

¹⁷ Art. 18. "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade

da pessoa jurídica provocados por má administração."

¹⁸ Art. 34. "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

¹⁹ Art. 14. "A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa."

A título de exemplo, podem ser mencionadas as seguintes decisões do TCU: Acórdão 2.990/2006 – TCU – Primeira Câmara, Acórdão 2.569/2010 – TCU – Primeira Câmara, Acórdão 5.723/2013 – TCU – Primeira Câmara, Acórdão 294/2002 – TCU – Segunda Câmara, Acórdão 3.795/2010 – TCU – Segunda Câmara, Acórdão 2.331/2013 – TCU – Plenário, Acórdão 497/2002 – TCU – Plenário e Acórdão 2.735/2010 – TCU – Plenário.

²¹ "18. Como se pode observar, a doutrina e a jurisprudência vêm confirmando a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, em homenagem aos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, quando a pessoa jurídica for o meio de realização de fraude, desde que assegurados o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados.

19 No caso vertente, entendo que, decretada a inidoneidade das empresas do grupo Planam, a Administração poderá proibir a participação de empresas constituídas, após a apenação, com o mesmo objeto e que tenham em seu quadro societário qualquer dos responsáveis ouvidos nestes autos ou seus parentes, até o terceiro grau. Nesse caso, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica para estender os efeitos da sanção imposta pelo TCU a eventuais empresas fundadas com o intuito de ultrapassar a proibição de licitar com a Administração Pública dentro do prazo estabelecido no decisum, desde que adotadas as providências essenciais para tal". BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 495/2013 - TCU -Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. 13 mar 2013. Disponível em: <www.tcu. gov.br> Acesso em 27 fev 2014.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl* 1905 *ED-AgR/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. 15 ago. 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2014.

²³ "Diversamente de outras Constituições, como é o caso da Lei Fundamental da Alemanha (artigo 19, III) e da Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 12.2), a CF não contém cláusula expressa assegurando a titularidade de direitos fundamentais as pessoas jurídicas (ou entes coletivos, como preferem alguns) o que, todavia, não impediu a doutrina e jurisprudência de reconhecerem, de forma tranquila, tal possibilidade, ressalvada alguma discussão pontual sobre determinadas hipóteses e eventuais limitações decorrentes da condição de pessoa jurídica. Da mesma forma, recepcionada no direito constitucional

brasileiro a tese de que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais (físicas ou singulares) não são titulares de todos os direitos, mas apenas daqueles direitos que lhes são aplicáveis por serem compatíveis com a sua natureza peculiar de pessoa jurídica, além de relacionados aos fins da pessoa jurídica, o que, todavia, há de ser verificado caso a caso." (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 236).

- ²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria de constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 664.
- ²⁵ *Ibid.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 668-669.
- ²⁶ Até o fechamento do presente ensaio não foi prolatado acórdão decisório pelo STF. Contudo, o Procurador-Geral da República já se manifestou pela improcedência do pedido.
- ²⁷ Apesar de o Ministro Celso de Mello ter indicado a mencionada ação direta para corroborar sua posição de que o STF ainda não teria se manifestado de forma definitiva sobre o assunto da desconsideração em sede administrativa, defende-se que o referido parágrafo único do artigo 116 do CTN não é exemplo de desconsideração da personalidade jurídica. Na verdade, salvo melhor juízo, esse dispositivo possibilita a desconsideração de certos atos e negócios fraudulentos e não o afastamento momentâneo da personalidade jurídica da entidade societária.

6. Referências Bibliográficas

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria de constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- LINS, Daniela Storry. Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.
- MONTEBELLO, Marianna. *Os Tribunais de Contas e a* Disregard Doctrine. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo*: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MORAES, Flávia Albertin. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo punitivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 252, 2009.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial.* 25. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SIMIONI, Rafael; SIMÕES, Bárbara Helena. Desconsideração da personalidade jurídica: uma análise a partir da coerência e integridade em Ronald Dworkin. *Revista dos Tribunais RT*, Rio de Janeiro, n. 905, p. 105-118, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 30, p. 53-77, abr./jun. 2007.

A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA — PRESSUPOSTO INARREDÁVEL PARA A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS E IMPRESCINDÍVEL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTADO DO PAÍS

Fabio Schwartz¹

1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é o único Código que possui sua gênese diretamente encartada na Constituição Federal. O constituinte originário, diferentemente do ocorrido com os demais ordenamentos jurídicos, estabeleceu um comando direto ao legislador infraconstitucional, no sentido de criar um Código no prazo de 120 dias.

A despeito do atraso observado em relação ao comando constitucional, o CDC foi finalmente promulgado em setembro de 1990, entrando em vigor em março de 1991, inovando a ordem jurídica com seu arcabouço principiológico, rompendo com a lógica positivista que vigorava até então, quando da vigência do Código Civil de 1916.

Além de sua gênese direta na Constituição, o constituinte foi mais longe. Estatuiu a defesa do consumidor como dever governamental, inscrevendo tal dever entre as garantias fundamentais destiladas pela Carta Magna. Dessa maneira, incumbe aos Poderes constituídos proteger o consumidor, executando políticas específicas para tanto.

Por fim, o constituinte ainda logrou estabelecer a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, conforme preceituado no art. 170 da CF. Este último dispositivo indica, em verdade, que a defesa do consumidor não é incompatível com os primados da livre iniciativa e livre concorrência, deixando claro que tais vetores são plenamente conciliáveis e complementares.

A nova ordem constitucional, portanto, direciona os Poderes constituídos do Estado a uma efetiva defesa e proteção deste sujeito de direitos considerado o elo mais fraco, sendo certo que uma atuação pendente para o empresário, a indiferença, a imparcialidade (ou neutralidade) diante dos conflitos em que estejam inseridos os interesses dos consumidores não são toleráveis, e são incompatíveis com a própria Constituição Federal.

Exige-se uma atuação proativa do Estado, mesmo quando levada a cabo por meio dos novos modelos independentes de gestão dos serviços públicos, mediante as autarquias especiais designadas de agências reguladoras, introduzidas no Brasil após o processo de desestatização, desencadeado a partir de 1990.

Não sendo assim, além da ocorrência de flagrante confronto com os primados da Política Nacional das Relações de Consumo estatuída pela Lei nº 8.78/90 (Código de Defesa do Consumidor), estaremos diante de flagrante desconformidade da atuação destes entes estatais para com a ordem constitucional vigente, o que se afigura inadmissível, como restará delineado nas linhas que se seguem.

2. O surgimento da sociedade de consumo e de um novo sujeito (vulnerável) de direitos

Antes de firmar os contornos pretendidos pelo título em epígrafe, faz-se necessário tecer uma pequena digressão acerca do posicionamento hierárquico do ramo "direito do consumidor" no ordenamento pátrio.

A construção do direito do consumidor é relativamente recente. Na verdade, a sociedade de consumo despertou após a chamada revolução industrial, iniciada na Inglaterra, que mudou a estrutura das sociedades modernas a partir do século XVIII.² Da luta inicial que se travava entre trabalhadores e patrões na era industrial, rapidamente o mundo conheceu uma nova zona de conflito. Na sociedade moderna, a briga central passa a ser pelo acesso aos bens de consumo, ante a grande desigualdade social que grassa no mundo neste período histórico.³

Surge, então, a chamada sociedade de consumo, desenvolvida depois da Segunda Guerra Mundial nos chamados países de primeiro mundo.⁴ À reboque desta nova realidade social começam a eclodir novos problemas. Muitos produtos sendo descarregados no mercado, porém, poucas informações acerca deles acirram o jogo desigual entre consumidores e produtores.

Estes últimos detentores dos mandos de produção e concentrando grande poder econômico de um lado; de outro, os consumidores, reféns da única fonte de informação existente, qual seja, a publicidade comercial que, como é cediço, não tem como objetivo informar, mas, tão somente, exaltar os bens de consumo ofertados com o fim primordial de vendê-los.

Tais deformações acabam por deflagrar o desenvolvimento de entidades de defesa do consumidor que pressionam o Estado por uma resposta. Surge assim o direito do consumidor, que vem como anteparo às distorções do mercado advindas com o desenvolvimento da sociedade industrial, aliado ao vertiginoso crescimento populacional e a urbanização do mundo.⁵

Portanto, o direito do consumidor vem para tutelar sujeitos desiguais. O direito privado que conhecíamos, forjado para proteger um sujeito racional, livre e dotado de totais condições de administrar autonomamente sua vida, não atende mais aos anseios sociais.⁶

O standard individualista e patrimonialista que imperava até então precisou ser revisto. Desponta, assim, o chamado direito privado solidário, onde se insere o ramo "direito do consumidor", voltado para a valorização dos direitos humanos, mas consentâneo com a nova realidade social e econômica, cingido com uma nova roupagem, sendo assim, não com os interesses voltados apenas para o indivíduo, mas com foco precípuo no social.⁷

Dessa maneira, pessoa digna deve ser entendida não só como a que é livre, mas, principalmente, igual do ponto de vista formal e material, o que só se alcança mediante a positivação progressiva dos direitos humanos, com o reconhecimento das desigualdades estruturais existente e, a par disso, no desenvolvimento de uma proteção específica para os vulneráveis,8 seja do ponto de vista técnico, informacional, jurídico ou fático.9

Diga-se, à guisa de conclusão para este capítulo que, reconhecida a vulnerabilidade do consumidor como um traço marcante do direito consumerista, é preciso atentar que tal ponto distintivo vem se agudizando na atual era pós--moderna. A complexidade das relações no mercado de consumo nesta sociedade desmaterializada e despersonalizada, permeado pelo que denominou Bauman¹⁰ de economia líquido-moderna – com base no excesso de ofertas, no envelhecimento cada vez mais acelerado do que se oferece; e na dissipação rápida de seu poder de sedução, redundando numa economia que produz cada vez mais desperdício – impõe que os mecanismos de contenção sejam aperfeiçoados e adaptados ao tempo atual.

Trata-se, nas palavras de Lipovetsky,¹¹ de uma nova economia e de uma nova cultura de consumo implementada pelo sistema pós-fordiano. Este novel sistema não mais se apresenta centrado na difusão de produtos estandardizados como outrora, mas focado na variedade, deixando de ser a qualidade o valor principal a ser difundido, o que obviamente pode acarretar prejuízos ao consumidor.

Vivemos, conforme anota Barber,¹² o paradoxo do capitalismo de consumo, na medida em que aqueles que têm necessidades genuínas não têm meios para se inserirem no mercado, o que faz com que os produtores, sem alternativa para ampliar seus mercados, fabriquem freneticamente necessidades naqueles cujas vontades já estão excessivamente satisfeitas.

Neste novo modelo considera-se mais do que tudo o tempo, a inovação e a renovação dos produtos, características que atualmente se tornaram critérios de competitividade entre as empresas., Buscando alargar a mercantilização de nossos modos de vida, as indústrias alimentam o frenesi das necessidades, incitando a lógica do "sempre mais, sempre novo". Trata-se de uma nova sociedade, a sociedade do hiperconsumo.¹³

Diante dessa realidade, urge a construção de políticas públicas direcionadas aos novéis desafios, uma vez que, com a globalização, os problemas, embora mundiais, exigem soluções locais, o que muitas vezes se apresenta como empecilho a uma efetiva intervenção dos órgãos públicos, ante os limites impostos pela soberania dos Estados, a despeito da interdependência cada vez maior dos países.

Logo, a despeito de o Brasil ter adotado o sistema de livre iniciativa e concorrência, cujo significado é de que os atores que atuam no mercado tem a seu dispor o funcionamento deste – com o mínimo de interferência possível – não se tolera anarquia nesta atuação, avultando-se a necessidade de regulamentação para se evitar distorções, principalmente em detrimento do consumidor.¹⁴

Sobre os dois vetores retrocitados (liberdade de iniciativa e livre concorrência), destaque-se as límpidas colocações de Fábio Ulhoa Coelho, ¹⁵ no sentido de que "no primeiro vetor, a liberdade de iniciativa é garantida pela obrigação imposta ao Estado de não interferir na economia, dificultando ou impedindo

a formação e o desenvolvimento de empresas privadas; no segundo vetor, esse princípio é garantido pela obrigação imposta aos demais empresários, no sentido de concorrerem licitamente."

Portanto, dissonantes as vozes, quando da edição do CDC – partindo principalmente da seara dos fornecedores – no sentido de que o Código seria um retrocesso.

Tal grito refletia, na verdade, os ventos da doutrina liberal clássica que sempre pugnou pela liberdade absoluta da iniciativa privada. ¹⁶ Neste diapasão, muitos faziam ecoar que a "excessiva proteção" seria um entrave para a indústria e o comércio nacionais, eis que gerariam encargos que poderiam prejudicar a atividade econômica no país e, consequentemente, seu desenvolvimento.

Ledo engano. Após quase um quarto de século da edição do Código, a atividade econômica não restou nem de longe abalada. Ao revés, o norte traçado pela lei consumerista, no sentido de se garantir como direito básico do consumidor a oferta de produtos com qualidade, acabou por implementar – e ainda continua – o aperfeiçoamento do comércio de produtos e serviços no país, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento de uma atividade econômica sustentável.

Ressalte-se que o desenvolvimento não se mede apenas pela quantidade de produtos e serviços que circulam no mercado de consumo, mas, principalmente, pela qualidade dos bens de vida ofertados¹⁷, incluindo os serviços públicos concedidos à iniciativa privada.

A indústria e o comércio de produtos e serviços pátrios vêm cada dia mais se alinhando com os primados do CDC, abandonando a cultura de outrora – no sentido de ofertar produtos com baixos preços – porém, à custa da utilização de componentes de menor qualidade e de técnicas ultrapassadas de produção, as quais geravam o deságue de bens e serviços carreados de riscos à vida e à saúde dos consumidores ou, no mínimo, totalmente defasados em relação aos ofertados no mercado internacional.

Portanto, não restam dúvidas acerca dos benefícios advindos da nova ordem constitucional, no sentido de que o direito do consumidor deve nortear as atividades empresariais, as quais necessitam guardar total compatibilidade para com os tipos legais e princípios estatuídos pelo CDC.

Este norteamento, indubitavelmente, tem sido fonte geradora de efeitos positivos nas relações econômicas, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento sustentado do país.

A intervenção do Estado nas relações de consumo, estabelecendo modelos de condutas que extrapolam as relações individuais, tem possibilitado a formatação de um padrão de qualidade e eficiência do mercado como um todo.

O objetivo constitucional de um capitalismo sustentável foi, sem sombra de dúvida, alcançado com a edição da Lei nº 8.078/90, tendo sido inaugurada uma nova fase no mercado de consumo, na qual os empreendedores devem maximizar a satisfação do consumidor, ao mesmo tempo em que garantem um retorno econômico/financeiro para suas atividades. A ética, a transparência e a preservação dos recursos ambientais tornam-se metas da atividade empresarial, o que gera enormes benefícios para a nossa sociedade. 18

A vista de tudo isso, mais do que recorrer a políticas de Estado, ou mesmo de se buscar anteparo nas normas de proteção e defesa do consumidor estatuídas pela Lei nº 8.079/90, importante mesmo é que se atine para o fato de que a defesa do consumidor, além de um comando dirigido aos Poderes constituídos do Estado, foi reconhecida como princípio da ordem econômica, não se coadunando com tal ordem uma atuação pendente para o empresário, indiferente, ou até mesmo imparcial (ou neutra).

3. Real significado e impacto do reconhecimento do direito do consumidor como princípio da ordem econômica

Inicialmente é preciso deixar bem frisado que o Brasil alçou a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental, introduzindo um dever inarredável de proteção do sujeito vulnerável por parte do Estado (art. 5º, XXXII da CRFB/88¹º), utilizando a expressão "Estado" de forma genérica, o que significa que o comando constitucional dirige-se a todos os Poderes Constituídos, e não somente ao Poder Legislativo, por exemplo.

A utilização do vocábulo "defesa", não deixa dúvida acerca da parcialidade do Estado neste processo, já que defender é um ato ativo de efetiva proteção a um sujeito que foi institucionalmente reconhecido como o elo mais fraco e, portanto, benemérito de especial e necessária guarida, ante a sua condição de vulnerável, conforme explicitado anteriormente.

Portanto, inadmissível posição pendente para o empresário, indiferente, ou mesmo imparcial (ou neutra) por parte do Estado ou de qualquer de seus órgãos, mesmo daqueles surgidos após o processo de descentralização da administração pública e que tenham por incumbência intervir na atuação da atividade privada, tais como as autarquias especiais denominadas agências reguladoras.

Não concordamos com forte linha doutrinária, a qual pontifica que, não obstante constituir a proteção dos consumidores interesse primário das agên-

cias reguladoras, tais interesses devem ser compatibilizados com outros, sem ordem hierárquica de preponderância.²⁰

Ora, se estamos diante conflito de interesses entre sujeitos absolutamente desiguais, configura-se a atuação proativa na defesa do consumidor verdadeira linha de conformação, por parte da Constituição Brasileira, com o ideal Aristotélico de igualdade, na medida em que se trata os desiguais desigualmente na exata medida de suas desigualdades, buscando a igualdade material (substancial) entre os sujeitos envolvidos na relação de consumo.

A neutralidade que importa para atuação destas agências não é em relação ao consumidor, por exemplo, mas a atinente ao seu dever de permanecer impermeável às pressões políticas;²¹ ou seja, tais órgãos devem buscar uma atuação independente de correntes ideológico-partidária que reveste o grupo político que temporariamente exerce o Poder. Mas isto não significa, de maneira nenhuma, atuar com neutralidade em relação aos interesses dos consumidores.

Diante disso, torna-se despicienda a discussão se as agências reguladoras deveriam ser locadas ou não dentro do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, ante o estatuído pelo art. 105 do Código, o qual dispõe que este é integrado "pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor".²²

Ora, o artigo 170 deixa indene de dúvida que a ordem econômica deve estar necessariamente fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Para tanto, estatuiu princípios a serem obrigatoriamente observados, sendo certo que qualquer prática que seja adversa a esta ordem estabelecida será institucionalmente inconstitucional.

Dentre tais, a Constituição logrou, em seu art. nº 170, V, instituir a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, limitando, assim, o exercício da iniciativa privada que, desde então, deve focar a instituição de um capitalismo que busque a maximização da satisfação do consumidor, e não somente dos lucros.

Logo, o lucro não é mais bem-vindo se desacompanhado de efetiva qualidade dos produtos e serviços oferecidos. Não se admite a busca frenética apenas pelo desenvolvimento econômico quantitativo mas, sobretudo, qualitativo, de forma que o processo produtivo se desenvolva de maneira contínua com o objetivo de alcançar a genuína satisfação das legítimas expectativas criadas nos seus destinatários.

A Constituição Brasileira pretendeu refrear a lógica desta instituição social chamada "mercado", que existe, em sua essência, apenas para servir aos inte-

resses de uns (e não de todos); e que se destina, na verdade, a regular e manter as estruturas de poder que asseguram a prevalência dos interesses de determinados grupos (mais fortes) sobre os interesses de outros (mais vulneráveis).²³

Para tanto, o Poder Público, seja diretamente, ou por meio de seus órgãos, inclusive, repise-se, as Agências Reguladoras, deve trabalhar de forma a amainar o desvão reconhecido entre os sujeitos envolvidos na relação de consumo.

Conforme ensina Grau,²⁴ a Constituição de 1988 definiu um modelo econômico de bem-estar, o que não pode ser ignorado pelo Estado. Desta feita, os programas de governo é que devem ser adaptados à Constituição e não o contrário.

Nem mesmo a tentativa de substituição do modelo econômico de bem-estar por um neoliberal – ocorrida nos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso – pôde ser totalmente efetivada, posto que, para tanto, os preceitos constitucionais concebidos nos arts. 1º, 3º e 170 da Carta Política necessitariam ter sido revogados, o que obviamente não é o caso.²⁵

Ora, as normas constitucionais retrocitadas são normas-objetivo, ou seja, dotadas de caráter programático e conformador, de molde que vinculam não só o legislador infraconstitucional, mas bem como o Poder Executivo, quando da elaboração de suas políticas públicas.

A Carta Política Brasileira de 1988, conforme anota Canotilho,²⁶ é uma constituição dirigente, não no sentido de outrora, ou seja, como uma constituição que permite o intervencionismo do Estado como agente econômico, exercendo atividade típica de empresa privada; mas este dirigismo é inconteste na medida em que as premissas materiais da carta política estabelecem normas programáticas, as quais estabelecem as estruturas fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretende chamar de direito e democrático.

Este trilho, do qual não podem quaisquer dos poderes constituídos do Estado descarrilarem, encontram seu cerne, como frisa Grau²⁷, nos preceitos insertos nos artigos da Constituição Federal destacados anteriormente, sendo que, neste momento, nos interessa a disposição contida no art. 170.

As disposições constitucionais em comento, em verdade, estatuíram que a livre iniciativa na atual República Federativa do Brasil, não pode ser mais exercida como expressão puramente individualista, mas deve atentar, sobretudo, para o interesse social, sendo a diminuição da desigualdade entre os sujeitos de uma relação de consumo um desses corolários estabelecidos.²⁸

Mais uma vez colhemos os valiosos suprimentos doutrinários de Grau, o qual explicita que "a Constituição do Brasil não é um mero 'instrumento de

governo', enunciador de competências e regulador de processos; mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade".²⁹

Portanto, o caráter dirigente da Constituição Brasileira de 1988 é inconteste, razão pela qual o princípio constitucional mencionado ganha contorno impositivo, dotado de caráter constitucional conformador, o que tinge de inconstitucional qualquer atuação do Estado, ou de seus órgãos descentralizados, que não seja voltada para coibir as assimetrias do mercado, mormente àqueles relativas ao sujeito em posição de debilidade.

Finalizamos este capítulo frisando que a parcialidade pendendo para o fornecedor, a indiferença e ainda, a neutralidade ou a imparcialidade de atuação por parte de um agente estatal, por certo recrudesce a posição de debilidade do consumidor, afastando-se do ideal de igualdade substancial almejado pela Constituição Federal, o que não se afigura possível, diante de todos os elementos até aqui fincados.

4. Exemplos de atuação estatal incompatível com a ordem econômica constitucional vigente:

4.1. Atuação favorável ao fornecedor

Prática problemática no mercado de consumo é o estabelecimento de cláusula de fidelização. Tal cláusula foi expressamente autorizada pela Anatel, através da resolução nº 477 de 2007. Ñão obstante, nosso entendimento é que tal cláusula é abusiva, eis que fere o princípio da livre escolha (art. 6º, inciso II, CDC), mesmo quando o fornecedor oferece vantagem ao consumidor.

Pensamos que o oferecimento de vantagem faz parte da livre concorrência, consistindo em artifício secular utilizado para atrair e fisgar o consumidor, sendo certo que sua fidelidade deve ocorrer pela qualidade do produto ou da prestação do serviço, e nada mais.

A atividade empresarial é fadada ao sucesso ou insucesso, alternativamente, sendo certo que o destino de uma eventual escolha equivocada pelo empreendedor deve ser suportada apenas por ele mesmo.

O estabelecimento de cláusula de fidelização acaba por estabelecer um único desfecho possível, qual seja: o lucro. Mas, neste caso, é o consumidor quem acaba suportando todo o risco do negócio. Se o empresário fez uma má escolha, estará resguardado, e o consumidor suportará o ônus de seu equívoco sem poder, ao menos durante o lapso de tempo de 12 meses, buscar perspectiva mais vantajosa.

Ora, mesmo sem a regulamentação de prazo mínimo de fidelidade, o próprio mercado iria se encarregar de baratear e até mesmo ofertar benefícios e vantagens, as mais diversas, desde que, é claro, se preserve a concorrência leal e não se permita o estabelecimento de monopólios.

Muitos veem tal norma como benéfica, porém pensamos que esta não pode ser vista como garantidora da livre concorrência ou preventiva do exercício abusivo de posição dominante no mercado, já que o legislador, quando tratou das normas sobre abuso do poder econômico, decerto não se referiu às situações em que o domínio se dá em razão da maior eficiência de um dos atores envolvidos.³¹

Muitas vezes, mesmo insatisfeito pela prestação de um serviço abaixo de suas expectativas – seja pelo atendimento, seja pelas características do serviço em si – se não se configurar qualquer falha explícita, restará obrigado (salvo se quiser pagar a multa) a permanecer na relação contratual pelo prazo estipulado, sem poder procurar um fornecedor que melhor se adéque às suas necessidades.

Neste diapasão destacamos que tramita no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados, o PL nº 5267/2013, o qual propõe alteração no CDC, proibindo a cobrança de multa para os casos de cancelamento antecipado de contratos de prestação de serviços de telecomunicações, o que seria muito bem-vindo.

Ora, se o serviço é bem prestado, se a empresa é ciosa no cumprimento de suas obrigações e, principalmente, se atende às expectativas criadas com suas ofertas, o benefício inicial somente servirá para que o consumidor, que experimente suas virtudes, não mais se enverede à procura de outro fornecedor. Simples assim.

Portanto, tal atuar, visando o resguardo do interesse exclusivo do empresário – garantindo-lhe um nicho temporário de mercado – também não se coaduna com a ordem constitucional, pelos motivos já expostos neste trabalho.

4.2. Atuação indiferente

Exemplo patente de atuação indiferente é o da Agência Nacional de Saúde (ANS), em relação à cobertura nos casos de urgência e emergência médica, regulamentada pelo Conselho de Saúde Suplementar (Consu), órgão vinculado ao executivo e que era responsável pela regulação do setor de saúde suplementar antes da criação da referida agência.

O Consu, em total desprendimento da reserva legal, por meio de sua famigerada Resolução nº 13, em seu artigo 2º, restringiu a cobertura dos casos de urgência e emergência até as 12 primeiras horas de atendimento em ambiente ambulatorial, estatuindo, ainda, que a responsabilidade financeira, após o indigitado período, passaria a ser exclusivamente do consumidor.

Tal disposição vem sendo rechaçada sistematicamente no Poder Judiciário,³² o qual, de forma quase uníssona, vem afastando sua aplicação, ao argumento de que teria dito mais do que a lei, a saber, Lei nº 9656/98, especificamente em seu art. 12, inciso V, alínea "c", cuja carência máxima para atendimento de urgência e emergência é de 24 horas, sem impor qualquer limitação de ambiente ou de prazo máximo, tal qual se arvorou a resolução sob comento.³³

Não obstante toda a sequela estabelecida, decorridos 13 anos da criação da Agência, esta não se dignou a intervir, erigindo regulamentação consentânea com os ditames da lei, pondo cobro aos embates diuturnamente travados nos átrios da Justiça.

A judicialização recorrente da questão decorre diretamente de uma distorção regulatória que não resolveu a celeuma estabelecida, o que persiste até os dias de hoje por patente falta de interesse. A Agência responsável, ao que parece, transferiu sua função reguladora para a loteria do judiciário, "lavando suas mãos" para o grave embate diuturnamente travado entre planos de saúde e consumidores, o que se afigura inadmissível.

Tal conduta, inclusive, não se coaduna com os ventos da atualidade, o qual reputa as agências reguladoras como sede do processo de consensualização e flexibilização do direito administrativo contemporâneo, viés absolutamente necessário, ante a complexidade crescente da sociedade atual.³⁴

Neste caso em particular, ressai conduta absolutamente indiferente ao direito do consumidor flagrantemente violado, que se revela completamente inconstitucional, eis que a pronta intervenção – seja revogando expressamente a Resolução referida, seja editando regulamentação consentânea com os ditames da reserva legal – é um dever estatutário que não pode ser negligenciado.

Carlos Ari Sundfeld³⁵ explicita a questão com suas pertinentes ponderações acerca do poder normativo das agências reguladoras ao dispor:

"Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento para a realização daqueles valores: proteção ao meio ambiente e do con-

sumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado."

Diante de toda celeuma já causada, urge que a Agência sinalize de forma clara a correta interpretação a ser dada à norma. Salta aos olhos que a indigitada resolução foi elaborada ao arrepio, não só da lei, mas, principalmente, da participação de setores organizados da sociedade, cuja ausência não permite reconhecer tal regulação como sendo dotada de legitimidade, seja do ponto de vista formal ou mesmo substancial.³⁶

Ora, não se reconhece na norma em vigor a concorrência de interesses relevantes de todos os setores da sociedade, mas apenas os interesses dos agentes econômicos diretamente beneficiados. Desta feita, é incompreensível a indiferença observada e, mais do que isso, inconstitucional a omissão perpetrada.

4.3. Atuação imparcial (ou neutra)

Exemplo de atuação imparcial (ou neutra) é a do Banco Central (Bacen) em relação ao fornecimento de crédito ao consumidor no Brasil, que proclama que sua atuação não pode pender apenas para o consumidor, mas para o interesse geral, visando se preocupar apenas com o bom funcionamento do mercado sob a ótica da livre iniciativa e da coibição da concorrência desleal.

Na verdade, o Bacen só manifesta preocupação com o cenário macroeconômico, deixando as leis de mercado de oferta e procura falar de forma preponderante na relação estabelecida entre as instituições financeiras e os tomadores de crédito, mesmo quando se trata de tomador pessoa física, de boa-fé, que não consegue arcar com o conjunto de suas dívidas de consumo vencidas ou a vencer, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Ou seja, a atuação deste agente estatal nunca levou e não leva em consideração o fenômeno social do *superendividamento*,³⁷ que é típico de nossa sociedade de consumo atual, calcada na utilização do crédito como eliminação de distâncias entre os sonhos materiais e suas realizações.

Conforme designado por Marques, a imagem do indivíduo na sociedade pós-moderna e globalizada se transformou drasticamente. Temos hodiernamente um ativo consumidor dos mercados global e local que deixou de ser o homo oeconomicus (racional) de Adam Smith, passando a homo oeconomicus et culturalis, totalmente fascinado pelas suas novas liberdades econômicas. O acesso aos bens de consumo não significam apenas símbolo de riqueza, mas se estabelece como passo fundamental para se alcançar a felicidade.³⁸

Ora, a doutrina há muito vem se ocupando do estudo de tal fenômeno e alertando para o crescimento desta massa de excluídos (e distanciados da tal felicidade), oriunda do fornecimento do crédito de forma imperfeita e irresponsável por parte dos bancos. Assim, é incompreensível que o Bacen não tenha elaborado uma política oficial, de molde a reduzir o impacto desta patologia dos tempos atuais e que se entranha cada dia mais na sociedade brasileira.

Ao revés, mantém-se equidistante, observando inerte a ebulição doutrinária e o mover da jurisprudência pátria, a qual já se consolidou no sentido de não admitir o comprometimento em percentual superior a 30% dos rendimentos dos consumidores com dívidas.³⁹

A atenção ao fenômeno referido é medida que se impõe ao Banco Central, não sendo lícito que continue como um mero observador de luxo, ignorando que o crédito é como um medicamento que, quando ministrado em doses excessivas, de função terapêutica transmuda-se rapidamente para veneno, e dos mais tóxicos.⁴⁰

Nada impede que se adotem medidas administrativas, de forma que as instituições financeiras sejam toldadas, impedindo-se a concessão do crédito de forma pouco criteriosa, e que até mesmo sejam coibidas práticas, que infelizmente se tornou comum no Brasil, de se oferecer crédito sem necessidade de comprovação de renda ou consulta aos bancos de dados, do tipo Serasa ou SPC, conforme se vê nas inúmeras peças publicitárias que nos bombardeiam dia após dia.

Não é necessário que se espere a criação de lei específica, ou mesmo a atualização do CDC neste particular, que poderá vir através do PLS nº 283/2012. Ora, a atuação do Poder Legislativo, coibindo a prática do superendividamento, somente vem sendo cogitada ante a inércia do órgão estatal responsável pela atuação nesta área.

Atuar em prol do consumidor, erigindo normas de proteção, não significa se afastar do objetivo de busca de atendimento do interesse geral da sociedade, tal qual propagado pelas Agências. Ao contrário, é de interesse de todos que tenhamos crescimento econômico com inclusão social.

O crescimento do mercado de crédito ao arrepio da dignidade da pessoa humana, ou seja, sem a observância do mínimo existencial, não se coaduna com ordem Constitucional Brasileira que, conforme temos frisado, procurou erigir instrumentos de defesa do consumidor com o fim de se estabelecer uma igualdade substancial entre os atores envolvidos numa relação de consumo.

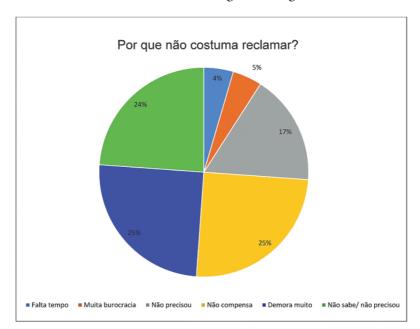
5. Consequências do descolamento da atuação estatal em relação ao direito do consumidor

Como consequência do descolamento da atuação estatal em relação do direito do consumidor, temos que o cidadão não conhece e nem tem as agências reguladoras, por exemplo, como referência para carrearem reclamações por eventual má prestação de serviços ou qualidades de produtos fornecidos por empresas prestadoras de serviços públicos concedidos à iniciativa privada.

Foi esta a conclusão da pesquisa realizada pela Fundação Getulio Vargas (FGV) no Rio de Janeiro, na qual foram ouvidas 1.294 pessoas, a partir de 18 anos, das classes A, B, C e D, residentes em 131 municípios brasileiros.⁴²

Indagados onde e de que forma costumam reclamar seus direitos, somente 2% apontaram as agências reguladoras, enquanto 63% declararam que dirigem seus clamores diretamente para as empresas prestadoras de serviços.

Quando questionados os motivos pelos quais deixaram de empreender reclamações a quaisquer das entidades apontadas, a resposta de 44% dos cidadãos ouvidos foi de que essa atitude ou não compensa, ou demandaria tempo em demasia. Neste sentido destacamos o gráfico a seguir:



A pesquisa denota, portanto, não só falta de confiança, mas deixa entrever situação preocupante, ou seja, que as agências reguladoras são entidades que atuam quase em anonimato em relação ao consumidor.

Desta forma, sem estímulos, e sem um norteamento seguro para onde carrear suas reclamações, decerto o desejo da Constituição, de garantir a efetiva defesa do consumidor como direito fundamental, mais uma vez é desrespeitado, o que nos remete, infelizmente, ao alerta de Bobbio,⁴³ de que o maior desafio de nosso tempo com relação aos direitos do homem não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los, dando aos mesmos efetividade, para que deixem de ser meras declarações solenes.

6. Considerações finais

Com o desenvolvimento da sociedade de consumo surgiu um sujeito de direitos, notadamente vulnerável e com premente necessidade de proteção.

No Brasil, por expressa disposição da Constituição Federal, o consumidor é benemérito de efetiva defesa e proteção. Tais vocábulos não podem ser entendidos como mera retórica de doutrina, sendo certo que necessário se faz a construção de políticas públicas efetivas voltadas para o perfeito atendimento de tal mandamento.

Na atual sociedade pós-moderna do hiperconsumo, em que *ter* é mais importante que *ser*, na qual os fornecedores vêm cada vez mais buscando alargar a mercantilização de nossos modos de vida, criando artificialmente "necessidades" com a incitação do mantra "sempre mais, sempre novo", inadmissível que se tome posição leniente na defesa do consumidor, sob pena de se admitir verdadeiro retrocesso.

Ao revés, exige-se maior cuidado e denodo com as medidas de contenção da voracidade do mercado de consumo. Por esta razão, é inadmissível que o Estado, seja diretamente, seja mediante atuação de quaisquer de seus órgãos, assuma postura em favor da parte mais forte, indiferente, ou imparcial (neutra), diante dos problemas que diuturnamente eclodem em nossa sociedade de consumo.

A Constituição Brasileira, deve-se anotar ainda, possui caráter dirigente. Ou seja, é voltada para a transformação social que deve ser promovida na medida em que sejam realizadas políticas públicas específicas para tanto.

Assim, se a defesa do consumidor foi instituída como princípio da ordem econômica, tal comando de atuação proativa, se inobservado, pode e deve ser objeto de reivindicação, já que redunda na imposição de prestações positivas à sociedade por parte do Estado.

A livre iniciativa e concorrência devem ser levadas a cabo de modo compatível com a existência digna do consumidor, posto que se assim não o for, tal prática econômica se apresenta institucionalmente inconstitucional. A amplitude do que fora estatuído no art. 170 da Constituição abrange não apenas normas jurídicas desconformes, mas também condutas, inclusive dos próprios agentes estatais, que não podem, portanto, se manterem equidistantes aos conflitos entre os atores das relações de consumo.

Condutas que não sejam proativas e tendentes ao estabelecimento da igualdade substancial entre os atuais atores da globalização, decerto prejudicam o desenvolvimento sustentado do país, na medida em que consumidores sem força e voz representam, sem sombra de dúvida, a perpetuação de produtos e serviços sem qualidade, além, é claro, da judicialização potencializada de conflitos, o que provoca desgastes e desequilíbrios sociais indesejáveis.

7. Notas

- ¹ Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Candido Mendes – Centro – RJ. Professor de Direito do Consumidor na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – FESUDPERJ. Defensor Público – fabioschwartz@ig.com.br.
- ² SODRÉ, Marcelo Gomes. A Construção do Direito do Consumidor. Um Estudo sobre as Origens das leis Principiológicas de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 9.
- ³ *Ibid.* p. 10.
- ⁴ *Ibid.* p. 13.
- ⁵ *Ibid.* p. 12.
- ⁶ MARQUES, Claudia Lima; MIRA-GEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 22.
- ⁷ *Ibid.* p. 24.
- ⁸ *Ibid.* p. 129.
- ⁹ Conforme Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade técnica advém, principalmente, da sofisticação que os produtos vêm galgando no mercado de consumo, tornando a vida do consumidor cada vez mais difícil, eis que impossível que este último conheça todas as características do bem ou sua real utilidade. Quem as conhece, domina e manipula é o fornecedor. Daí porque se diz que o consumidor, quase sempre incauto, com parcos conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço que pretende contratar, pode ser facilmente iludido no momento de adquirir o produto ou serviço pretendido. Tal vulnerabilidade seria presumida em relação ao consumidor não profissional, porém excepcional, no que tange ao

consumidor profissional. Como espécie da vulnerabilidade técnica, destaca Marques a vulnerabilidade informacional, a qual surge em razão da maior valorização das informações na sociedade atual. Assim, diante do déficit informacional cada vez mais gritante por parte do consumidor, propõe que o fornecedor deve envidar todos os esforços para compensar essa situação de desigualdade, fornecendo o máximo de informações possíveis, não só sobre a relação contratual, bem como sobre os produtos e serviços a serem adquiridos. A vulnerabilidade jurídica (ou científica), por sua vez, é a que denota falta de conhecimentos jurídicos específicos e de outros pertinentes à relação de consumo, tais como contabilidade, matemática, financeira, econômica, sociológica etc. Dessa espécie de vulnerabilidade decorre o recrudescimento do dever do fornecedor de disponibilizar a maior gama de informações possíveis acerca do conteúdo de seus contratos, mormente em face da complexidade com que se apresentam hodiernamente. Por fim, mencione-se a vulnerabilidade fática que é a real, decorrente do grande poderio econômico do fornecedor, que, de um modo ou de outro, sempre se coloca em posição de superioridade. Também decorre da desproporção de forças do ponto de vista intelectual. (grifo nosso) (in Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 71)

- ¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. Capitalismo Parasitário. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zayhar, 2009. p. 35.
- ¹¹ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal* Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 8.
- BARBER, Bernjamin R. ConsumidoComo o mercado corrompe crianças,

- infantiliza adultos e engole cidadãos. Tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 352.
- ¹³ LIPOVETSKY, Gilles. Op. cit., p. 20.
- ¹⁴ SICHEL, Ricardo Luiz. Da colidência de marcas e a concorrência. In: ASSA-FIM, João Marcelo de Lima (Org.). *Coleção Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Clássica, 2012. v. 1, p. 39.
- ¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68.
- ¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 60.
- ¹⁷ PRUX, Oscar Ivan. Problemática das relações entre fornecedores e consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v. 89, p. 97, set.-out. 2013.
- ¹⁸ SCHWARTZ, Fabio. *Direito do Consumidor* Tópicos & Controvérsias. Niterói: Impetus, 2013. p. 6.
- ¹⁹ Art. 5º, XXXII: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.
- ²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 308.
- ²¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar*. Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. São Paulo: MP, 2006. p. 82.
- ²² Sobre tal dissenso, ver PASQUALOT-TO, Adalberto. Sobre o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e a Vulnerabilidade Política dos Consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v. 87, p. 252, mai.-jun. 2013.
- ²³ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 15. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 29.

- ²⁴ *Ibid.* p. 46.
- ²⁵ Para Fábio Ulhoa Coelho, diferente do que sustenta Eros Grau, a constituição brasileira estabeleceu uma ordem econômica de natureza neoliberal (*op. cit.*, p. 258).
- ²⁶ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 360.
- ²⁷ *Ibid.* p. 358
- ²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., p. 69.
- ²⁹ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 356.
- ³⁰ "Art. 40. A prestadora do Serviço Móvel Pessoal poderá oferecer beneficios aos seus Usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo mínimo.
- §1º Os benefícios referidos no caput, os quais deverão ser objeto de instrumento próprio, firmado entre a prestadora e o Usuário, poderão ser de dois tipos:
- a) Aquisição de Estação Móvel, em que o preço cobrado pelo aparelho terá um valor abaixo do que é praticado no mercado; ou
- b) Pecuniário, em que a prestadora oferece vantagens ao Usuário, em forma de preços de público mais acessíveis, durante todo o prazo de permanência. [...]
- §5º Caso o Usuário não se interesse por nenhum dos benefícios acima especificados oferecidos, poderá optar pela adesão a qualquer Plano de Serviço, tendo como vantagem o fato de não ser a ele imputada a necessidade de permanência mínima.
- §6º Caso o Usuário não se interesse especificamente pelo benefício concedido para a aquisição de Estação Móvel, poderá adquiri-la pelo preço de mercado.

\$7º O Usuário pode se desvincular a qualquer momento do benefício oferecido pela prestadora.

§8º No caso de desistência dos benefícios por parte do Usuário antes do prazo final estabelecido no instrumento contratual, poderá existir multa de rescisão, justa e razoável, devendo ser proporcional ao tempo restante para o término desse prazo final, bem como ao valor do benefício oferecido, salvo se a desistência for solicitada em razão de descumprimento de obrigação contratual ou legal por parte da Prestadora cabendo à Prestadora o ônus da prova da não procedência do alegado pelo Usuário.

§9º O tempo máximo para o Prazo de Permanência é de 12 (doze) meses. [...]" (grifo nosso)

³¹ SICHEL, Ricardo Luiz. *Da colidência de marcas e a concorrência. In* Coleção Direito e Desenvolvimento. Vol. 1. Organizador: João Marcelo de Lima Assafim. São Paulo: Clássica Editora, 2012, p. 44.

³²Colhemos, exemplificativamente, o aresto do STJ a seguir: SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESO-LUÇÃO. DESCABIMENTO. NATU-REZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARENCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CERE-BRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIARIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMEN-TOS MÉDICOS-HOSPITALARES

COBERTOS PELO SEGURO. INVO-CAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABI-MENTO, TENDO EM VISTA A EX-PRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12, V, ALÍNEA "C", DA LEI Nº 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDA-MENTAL À VIDA. 1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/ SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174) 2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei nº 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6°, III, e 20, § 2°, do CDC preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange a procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida. 5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro. 6. Como se trata de situação--limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar". (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 **EMENT** VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821) 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (REsp 962.980/ SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALO-MÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 15/05/2012)

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello anota que "o verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio a resposta não é difícil. Dado o princípio da legalidade, e consequentemente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes podem, na forma da lei provir de providências subalternas, conforme menciona no Capítulo VIII, nº 33-36, ao tratar dos regulamentos"

(MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 134)

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 340.

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.

³⁶ Conforme alerta Alexandre Santos de Aragão: "De fato, as agências reguladoras não possuem apenas a função de fiscalizar e sancionar, incumbindo-lhe, muito pelo contrário, como função precípua e final, a consecução dos objetivos, valores e interesses contemplados nas respectivas leis" (*op. cit.*, p. 342)

³⁷ Segundo Cláudia Lima Marques, superendividamento seria "a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas suas dívidas atuais e futuras de consumo" (MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLA-ZZI; Rosângela Lunardelli (Coord). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256)

³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *A proteção dos consumidores em um mundo globalizado:* Studium Generale sobre o consumidor como homo novus. v. 85, p. 37. São Paulo: RT, 2013.

³⁹Neste sentido colha-se a ementa a seguir: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO INTERLOCU-TÓRIA. RETENÇÃO. POSSIBILIDA-DE DE AFASTAMENTO. CRÉDITO CONSIGNADO. CONTRATO DE MÚTUO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDA-DE. LIMITAÇÃO DA MARGEM DE CONSIGNAÇÃO A 30% DA REMU-NERAÇÃO DO DEVEDOR. SUPE-RENDIVIDAMENTO. PRESERVA-ÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Possibilidade de afastamento da regra do art. 542, §3º, do CPC, apenas se demonstrada a viabilidade do recurso especial (fumus boni iuris) e o perigo de que, com a sua retenção, sobrevenha dano irreparável ou de difícil reparação ao recorrente (periculum in mora). 2. Validade da cláusula autorizadora do desconto em folha de pagamento das prestações do contrato de empréstimo, não configurando ofensa ao art. 649 do Código de Processo Civil, 3. Os descontos, todavia, não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração percebida pelo devedor. 4. Preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana. 5. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ. 6. AGRAVO REGIMEN-TAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1206956/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 22/10/2012).

- ⁴⁰ PRUX, Oscar Ivan. op. cit., p. 85.
- ⁴¹ O aludido projeto pretende modificar o CDC para acrescentar o art. 54 B, o qual, em seu §4°, inciso II, veda que na concessão de crédito, seja feita alusão às expressões "crédito sem juros", "gratuito", "sem acréscimo", com "taxa zero" ou qualquer locução com sentido ou entendimento semelhante.
- ⁴² Fonte: OLIVEIRA, Eliane; COSTA, Daiane; CASEMIRO, Luciana. Só 2%

recorrem às agências reguladoras. Pesquisa da FGV-Rio mostra que consumidor não confia na Justiça e pouco conhece Anatel, Aneel e ANS. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 2013. Caderno de Economia – Defesa do Consumidor, p. 30.

⁴³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Apresentação de Celso Lafer).

8. Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- AMARAL, Alexandra da Silva Amaral. Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARBER, Benjamim R. *Consumido* Como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo Parasitário*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zayhar, 2009.
- BENJAMIN, Antônio V. Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Nelson Coutinho. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Apresentação de Celso Lafer).
- BONAVIDES, PAULO. *Do Estado Libe*ral ao Estado Social. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Di*reito Comercial. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de Direito de Saúde Suplementar.* Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. São Paulo: MP, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: RT, 2012.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade para-doxal* Ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução Patrícia Xavier. Lisboa: Edições 70, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: Studium Generale sobre o consumidor como homo novus. São Paulo: RT, 2013. v. 85, p. 37.
 - . Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In:
 ______; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.). Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256.
- ; MIRAGEM, Bruno. *O* Novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis. São Paulo: RT, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- OLIVEIRA, Eliane; COSTA, Daiane; CASEMIRO, Luciana. Só 2% recorrem às agências reguladoras. Pesquisa da FGV-Rio mostra que consumidor não confia na Justiça e pouco conhece Anatel, Aneel e ANS. O Globo, Rio de Janeiro, 2013. Caderno de Economia Defesa do Consumidor, p. 30.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Sobre o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e a Vulnerabilidade Política dos Consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v. 87, p. 252, maio/jun. 2013.
- PRUX, Oscar Ivan. Problemática das relações entre fornecedores e consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v. 89, p. 85. set./ out. 2013.
- SCHWARTZ, Fabio. *Direito do Consumidor* – Tópicos & Controvérsias. Niterói: Impetus, 2013.
- SICHEL, Ricardo Luiz. Da colidência de marcas e a concorrência. In: ASSA-FIM, João Marcelo de Lima (Org.). Coleção Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Clássica, 2012. v. 1, p. 39-44.
- SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor*. Um Estudo sobre as Origens das leis Principiológicas de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CONSTITUCIONALIDADE DA ADPF 186 SOB A LUZ DO OLHAR KELSENIANO E REALEANO

Glebson Weslley Bezerra da Silva¹, Joanne Suzanil de Lima Alves² e Raissa Braga Campelo³

1. Introdução

Sendo característica das constituições rígidas, o controle de constitucionalidade se faz presente com o objetivo de obter a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição vigente, impedindo a subsistência de normas contrárias a esta, acarretando uma conferência de eficácia plena. Segundo o artigo 5º da Constituição Federal, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...". 4 Segundo a teoria positivista de Hans Kelsen⁵, deve--se desvincular do direito os valores axiológicos, observando o direito apenas como mera norma jurídica pura, garantindo assim a cientificidade do direito, tendo maior importância o conceito de validade da norma, onde, segundo Hans Kelsen, a validade da norma não se encontra na sua relevância com a realidade social, mas por esta encontrar-se de acordo com os procedimentos formais do ordenamento jurídico. Apesar das controvérsias indicadas em questão da ADPF 186 ao analisarmos esta sobre o olhar kelseniano é chegada a conclusão de que a norma positivada deve adquirir a efetividade social, visto que esta é legítima e eficaz na esfera do olhar kelseniano. Em contraponto na visão de Kelsen, encontra-se a teoria tridimensional de Miguel Reale, que desenvolve uma perspectiva oposta a do filósofo austríaco, onde o direito deve ser estudado como norma, valor e fato social, ou seja, o direito nasce e encontra-se entrelaçado aos eventos sociais e seus valores, sendo este um objeto dinâmico utilizado para se alcançar o mérito do bem-estar social.

A Subdivisão está sempre diante de casos concretos. Para Miguel Reale, a Constituição é valor, norma e fato (teoria tridimensional do Direito).

O tema da dignidade da pessoa humana tem servido de fundamento para muitas inovações no discurso teórico e prático dos direitos fundamentais⁶. É responsável, inclusive, por impactantes mudanças de perspectiva do discurso jurídico brasileiro sobre direitos fundamentais. Tem inspirado inovações teóricas em várias áreas especializadas, com profundas consequências práticas, tais como a doutrina da instrumentalidade do processo, a constitucionalização do direito civil, o direito penal mínimo e a criminologia crítica. Parte da doutrina explicita, até, que é preciso admitir inovações em direito desde que representem uma proteção mais qualificada da dignidade da pessoa humana.

2. Histórico do preconceito

Por volta do ano de 1500, surge no Brasil as embarcações portuguesas, que tomam posse do território, impondo sobre tal sua soberania. No período de colonização do país, houve várias tentativas para escravização dos índios, mas estes não possuíam o rigor físico necessário para o trabalho escravo. As negociações com a África começaram no século XV, porém o intuito português ao comprar escravos era de obter mais trabalhadores, nada tinha a ver com questões raciais.

Devido a marcante época escravocrata brasileira, ficou enraizado na essência do homem o sentimento de superioridade e dominação sobre os negros, uma forte herança cultural que se encontra, ainda, persistentemente na sociedade atual.

Houve uma modificação revolucionária na realidade, a escravidão teve que ser extinta, os mercados agora não precisavam de trabalho escravo, precisavam de consumidores, independentemente de cor e raça, o que interessava, acima de tudo, era o lucro, e a escravidão não era mais lucrativa. Aboliu-se a escravidão, mas em grande parte dos casos atualmente, não o pensamento arcaico, que prega que os nobres de peles pálidas são superiores aos de pele escuras, que não passam de animais que devem ser adestrados para servir. Por mais absurdo que pareça, na atualidade, a existência de pensamentos tão sem humanidade ainda existem e isso pode ser percebido com frequência nas redes sociais, jornais, entre outros, hoje com menos frequência, pois, felizmente os homens estão adquirindo características mais politizadas e, por que não dizer, mais humanas.

Ao observar a população brasileira, é notável a presença marcante de negros, ou seja, a população brasileira em sua maioria é composta por negros, todos os brasileiros têm descendência negra, porém devido à herança ideológica que veio se propagando desde o período colonial, prevalece essa forma de exclusão social. Observa-se que o racismo encontra-se bastante incutido na sociedade, esse mecanismo que veio segregando e dominando raças e povos. Segundo Michel Foucault, a segregação racial é:

"o meio de introduzir [...] um corte entre o que deve viver e o que deve morrer". No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação das raças, a distinção das raças, como boas, e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. [...] o racismo faz justamente funcionar, faz atuar essa relação de tipo guerreiro –'se você quer viver, é preciso que o outro morra – de uma maneira que é inteiramente nova e que, precisamente, é compatível com o exercício do biopoder".⁷

O argumento central deste artigo consiste em que, no Brasil, negros e negras sofrem não só a discriminação racial devida ao preconceito racial e operada no plano privado, mas também e sobretudo o racismo institucional, que inspira e se materializa nas políticas públicas que são direcionadas à população negra. Trata-se de discriminação racial praticada pelo Estado ao atuar de forma diferenciada em relação a esses segmentos populacionais, introduzido em nossas cidades e em nossa sociedade, pela via das políticas públicas.

A expressão, utilizada para evidenciar as relações entre o racismo e as políticas estatais para territórios e populações negras no Brasil, não é mera retórica. Antes sustenta que as elevadas taxas de homicídio e nos territórios de maioria negra, as políticas de remoção e de despejo de sua população, os altos índices de encarceramento de negros pobres, a precariedade das políticas públicas de habitação, saúde e educação para o conjunto da população negra e o desrespeito a suas tradições culturais e religiosas não são sucessivos produtos do acaso ou do mau funcionamento do Estado, mas, sim, traduzem o racismo institucional que opera no Brasil bem ao largo de qualquer perspectiva da integração social e urbana desses segmentos populacionais pela via da cidadania.

No plano da educação, todas as pesquisas demonstram que, ainda que o acesso à educação tenha crescido no país nos últimos anos, o acesso dos negros ao ensino médio, universitário e à pós-graduação permanece significativamen-

te menor do que o dos brancos – diferença que se torna exponencial nos níveis superiores de formação. A razão, apontam, é clara: enquanto os brancos recorrem a escolas particulares (de melhor qualidade) no ensino fundamental e médio e, assim, obtêm melhor formação intelectual para ingresso nas universidades públicas, aos negros restam as escolas públicas (em condições precárias) nos níveis fundamental e médio e o caminho das universidades privadas.

No plano da moradia, os indicadores sociais revelam a mesma diferenciação no interior das políticas públicas. Os territórios de maioria negra nas cidades (favelas, loteamentos, bairros pobres e periferias) são carentes de serviços públicos de boa qualidade. O déficit habitacional brasileiro é fruto da ausência de uma política estatal de habitação popular, o que resultou nas atuais condições de moradia e vida nessas localidades.

2.1.0 Estado e seu papel na desigualdade

Os dados analisados e as situações descritas revelam o quanto as desigualdades sociais têm cor e estão profundamente enraizadas no racismo institucional que estrutura a sociedade brasileira e se materializa através das políticas praticadas pelo Estado, em todos os seus níveis. O que se quer destacar é que no Brasil, as desigualdades sociais se somam e são grandes influenciadoras das desigualdades raciais. O estado segrega para gerir de acordo com as diferenças.⁸

A não integração social é cômoda, facilita a gestão dos governantes, pois o que estes precisam são de ovelhas cegas e condicionadas a pensar de forma favorável a estes, sendo estas pessoas insignificantes para o desenvolvimento social.

O estado se preocupa em manter a ordem enquanto governa, ou seja, evitar que essas pessoas de periferia (em grande parte negros), "marginais" (vivem à margem da sociedade) criem problemas para o centro do poder, utilizando da técnica de enquadramento, para suprimir bagunça, e não para promover desenvolvimento.

O Estado oferece às populações negras uma ilusão de integração por meio de políticas públicas que não podem ser consideradas de qualidade e eficientes. Em ambos os casos, o racismo institucional faz dobrar consideravelmente as desigualdades sociais e raciais que decorreram da base histórica do país, e infelizmente pode-se dizer, que, devido às circunstâncias apresentadas, encontramo-nos a muitos quilômetros da extinção das desigualdades e da possibilidade de integração social da população negra na sociedade brasileira.

3. Princípio da isonomia

O Supremo Tribunal Federal declarou improcedente, por unanimidade, a ADPF 186. O ministro Luiz Fux, em seu voto, declara que na constituição brasileira vigente, impõe-se uma reparação aos danos sofridos por afrodescendentes preteritamente na história do país. Já o ministro Cezar Peluso, fala em "déficit educacional e cultural em relação aos negros" sendo as cotas um meio facilitador do acesso destes à educação.

O argumento basilar da decisão do STF fundamenta-se no princípio da igualdade, mas será que o sistema de cotas pode ser considerado igualitário? Será que a criação do sistema de cotas é uma forma de se "desculpar" por um histórico escravocrata, ou tudo não passa de uma mera manobra política para influenciar no aumento, no aspecto positivo, de dados estatísticos sobre a educação? Na verdade, pode-se dizer que camuflado por trás da decisão do STF, encontra-se uma mescla de vários fatores, ou seja, busca-se solucionar o déficit educacional brasileiro por meio do sistema de cotas, alegando-se que os negros não possuem a mesma acessibilidade a educação como os demais, devido a uma barreira cultural, sendo este fator necessário para consolidação do caráter democrático, mas após verificação, percebe-se que tudo não passa de uma falha no sistema educacional público, não se trata de uma barreira cultural. De acordo com estatísticas do IBGE, mais da metade da população brasileira é composta por afrodescendentes, ou seja, em um país em que a maioria é composta por negros, onde se encontra a barreira cultural?

A ADPF 186 é cabível, pois se trata de arguição de natureza autônoma, e, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, não haveria qualquer outro meio apto para sanar as supostas lesões a preceitos fundamentais apontados durante toda a pesquisa, sendo assim possível corroborar que a fixação das cotas é compatível com a Constituição, visto que se trata de medida observante quanto à proporcionalidade e à função social exercida pela universidade. "Um dever, não apenas ético, mas também jurídico, da sociedade e do Estado perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da Constituição e da República, por conta do artigo 3º da Constituição Federal", afirma o ministro Cesar Peluso, corroborando o dispositivo com a finalidade de preconizar uma sociedade solidária, onde há a erradicação da situação de marginalidade e de desigualdade, promovendo assim o bem de todos sem preconceito de cor, sendo possível "adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter o seu papel benéfico", acerta a Ministra Rosa Weber.

A igualdade perante a norma material incidirá no momento de sua concretização, na aplicação desta não se pode adotar comportamento preconceitu-

oso, sendo preciso praticar medidas concretas e objetivas, tendentes à aproximação sócio jurídica, corroborando com o princípio da isonomia. O ministro Celso de Mello aponta:

"O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar a discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade." [grifado]9

3.1. Isonomia formal

Com a ascensão da burguesia, no momento em que as revoluções liberais eclodiram, mais precisamente a Revolução Francesa, é que foi pautada a igualdade de todos perante a lei, ganhando destaque e sendo motivo de reivindicação de base no regime que estava sendo instaurado.

Nos artigos 1º e 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão é expressa a igualdade consubstanciada, transcritos a seguir:

"Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos".

"Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos".

Referindo-se ao Estado visto sob a sua natureza formal, a igualdade formal sempre que é evocada, usa-se no sentido de ser igualdade perante a lei tendo assim a preocupação e a legalidade de tratamento isonômico sem nenhuma distinção sobre qualidades ou atributos pessoais e explícitos dos destinatários da norma, esta por sua vez é resultado de uma perspectiva política do Estado Democrático de Direito, sendo assim igual para todos.

A Constituição, em seu artigo 5° – "que todos são iguais perante a lei sem distinção..." – não distingue na norma quem eram os destinatários específicos, servindo de orientação para todo o sistema legislativo-político-jurisdicional.

3.2. Isonomia material

A igualdade por muito tempo foi identificada como garantia da concretização de liberdade, sendo assim, bastaria a simples inclusão desta no rol taxativo dos direitos fundamentais para, assim, conseguir sua efetivação. Dessa maneira, a igualdade concreta não passava de ficção, visto que se resumia e satisfazia a ideia do legislador num ato meramente formal. Foi concluído que o princípio da isonomia necessitava de instrumentos que viabilizassem a igualdade social e jurídica, visto que a simples igualdade de direitos previstos na Constituição se mostrou insuficiente para tornar acessível aos desfavorecidos socialmente, estes não tendo conseguindo ter a mesmas oportunidades dos demais.

A igualdade material, ou substancial como é chamada por muitos doutrinadores, se desapega do conceito formalista de igualdade, passando a considerar existente na sociedade as desigualdades concretas, tratando desigualmente os desiguais no âmbito de suas desigualdades.

"Como se vê, em lugar da concepção "estática" da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção "dinâmica", "militante" de igualdade, na qual, necessariamente, são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade".¹⁰

Após as considerações de Marx, é possível observar que a organização coletiva vem sendo uma forma viável de superar a desigualdade, percebendo também que a realidade material afeta diretamente os conceitos de justiça, igualdade e liberdade, sendo assim descartada a hipótese de serem tratadas como abstrato.

É possível considerar a hipótese que o indivíduo, ou os grupos, devem ser isoladamente tratados, promovendo assim a igualdade de oportunidades. Destaque para as palavras de Fernanda Lopes Lucas da Silva: "Igualdade material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regras iguais e, por isso não devem ser regulados desigualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre as características a serem consideradas como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre as características que devem ser consideradas como não essenciais e não devem ser feitas base de uma diferenciação".¹¹

Mello explica que o alcance do princípio da igualdade material não se limita a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, porque a própria lei pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Trata-se de preceito voltado tanto para o aplicador da lei quanto para o legislador, e, como ressalta o autor, "não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas". E, assevera ainda, que a "lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes". 12

4. Legitimidade da ADPF 186

O assunto debatido provoca questionamentos do tipo: o sistema de cotas aumenta a discriminação ou não? O mérito da conquista do negro/negra será desconsiderado devido à maneira como foi alcançado? Através destes questionamentos, surge essa dicotomia de opiniões sobre a legitimidade e os efeitos ocasionados pelo sistema de cotas, pois cada um responde de acordo com diferentes perspectivas e realidades.

No entanto, é palpável no contexto histórico-social brasileiro a desigualdade, em todos os aspectos (social e educacional), da qual é alvo a maioria da população negra, mas será a solução adequada a criação de cotas?

O Supremo Tribunal Federal, no primeiro semestre de 2012, realizou julgamentos relevantes à política de ações afirmativas como mecanismo de inclusão

social na educação superior. Um destes foi sobre Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF, que analisou a constitucionalidade do sistema de cotas para negros/pardos na Universidade de Brasília (UnB). Não houve desarmonia entre os Ministros do Supremo Tribunal de Justiça quanto ao resultado da ADPF nº 186, o qual foi proferido por unanimidade de votos, no sentido da constitucionalidade da política de cotas como ação afirmativa para se alcançar a igualdade material.

Entre os doutrinadores, o pensamento não é unânime, como veio a acontecer no Supremo, podendo-se notar a pluralidade de artigos e manifestações antes e depois dos julgamentos sobre a temática de ações afirmativas, com posicionamentos contra ou a favor das cotas raciais nas universidades.

Tantas foram as abordagens doutrinárias que podemos afirmar que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal provocaram uma crise de identidade do brasileiro, ao menos naqueles que acompanharam os debates travados. Para alguns, o sistema de cotas surgiu como amenizador da discriminação e consequente desigualdade racial, meio de inserção dos negros na sociedade, os tirando assim, da margem social.

"Implantar cotas é responsabilidade do Estado. Uma preocupação assim levaria à formação de uma elite negra de forma mais acelerada porque estamos vendo que o acesso da população negra ao topo da sociedade brasileira ainda é limitado. Isso quer dizer que muitos talentos e valores negros não estão sendo aproveitados" 13, segundo Paes de Barros.

Para outros, no entanto, há racismo velado do Brasil, impregnado de tal forma que "falta até consciência dos que estão sendo ou foram discriminados e até mesmo dos que estão discriminando". ¹⁴ Para estes chega-se a conclusão que o Brasil é um país que em sua cultura encontra-se enraizado o preconceito, tanto que não é notado nem por quem sofre, nem por quem comete, pois se tornou algo natural, característico.

Nas sustentações orais efetuadas na ADPF nº 186/DF, bateu-se contra a reserva de cotas na UnB pela inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico ou genético de raça, no que se refere à espécie humana. Além disso, pela apropriação da experiência nos Estados Unidos, que foi marcado por um século de segregação institucionalizada e onde, até 1967, a miscigenação era proibida por lei, sendo importante referir o histórico diverso de ocupação de território, em relação ao Brasil.¹⁵

Pretendeu o Partido Democratas (DEM) que ajuizou a ação, discutir se a implementação de um Estado "racializado", com direitos divididos pelo critério da cor, nos moldes praticados nos Estados Unidos, na África do Sul ou em Ruanda seria adequado para o Brasil. A advogada Roberta Fragoso Kaufmann,

que representou a parte ajuizante, destacou que o modelo de estado racializado traz consequências para a formação da identidade de uma nação, pois cria cultura de segregação. Finalizou, asseverando que não se precisa de cultura racial, mas de recortes sociais objetivos, como renda mínima ou estudo em escola pública como critérios de ação afirmativa.

Em sentido de defesa da política de cotas na UnB, como *amicus curiae*, pronunciaram-se Humberto Adami Santos Jr., Silva Cerqueira, Thiago Boccino e Marcio Thomaz Bastos. Ressaltaram que as pesquisas demonstram a desigualdade dos negros, para além das desigualdades sociais. Afastam o que chamaram de "argumento terrorista" de incitamento ao ódio racial, pois em dez anos de aplicação de políticas de cotas raciais, não houve essa comoção e muitos dos negros beneficiados que já se formaram e com bons resultados.¹⁶ (PLENO, 2012).

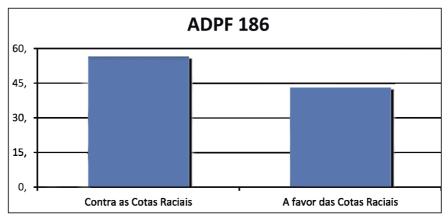
Segundo o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, "Os programas de ação afirmativa são uma forma de compensar a discriminação histórica, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente. As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas."

Os sistemas de cotas da UnB e da UERJ são apontados como iniciativas pioneiras tanto no âmbito federal como no âmbito estadual. Divergem, porém, quanto à forma de definição racial na seleção de candidatos e nas finalidades diferenciadas para combater o preconceito racial (MATOS, 2010, p. 3304). Na UnB, reservam-se 20% das vagas para negros. As fotos são submetidas a uma comissão especializada, "que julga a aparência do pretendente a partir de uma avaliação do conjunto de características físicas que permitam sua definição como negro ou pardo" (MATOS, 2010, p.3305). O objetivo é a utilização das características que servem para excluir, desta feita para beneficiar. Já na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj), exige-se a autodeclaração da raça dos candidatos às vagas reservadas, comportamento que contribui para o fortalecimento da identidade e atende à orientação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que "defende a definição dos grupos raciais pela consciência de cada indivíduo quanto à sua identidade racial". (MATOS, 2010, p. 3305).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal trouxeram em seus votos, em ambos os julgamentos, profundo estudo sobre ações afirmativas e sua legitimidade constitucional. Acompanhando o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, sustentou, no julgamento da ADPF nº 186, que os valores

constitucionais da igualdade e liberdade só serão completos com o valor da fraternidade. Em pesquisa realizada com estudantes de ensino médio, precisamente os chamados terceiro anistas, os próximos a enfrentarem a maratona de vestibulares, obtivemos o seguinte resultado:

A primeira pergunta a ser respondida no Questionário era: você é favorável ou contrário ao Sistema de Cotas?

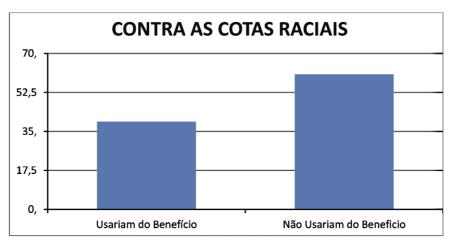


56,7% são contra as cotas raciais.

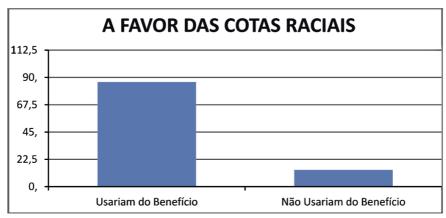
43,2% são a favor das cotas raciais.

Total de pessoas entrevistadas: 67

Diante da resposta dos entrevistados, perguntamos: você usufruiria do sistema de costas?



39,4% afirmam que chegariam a usar do benefício de cotas, mesmo sendo contra a ADPF 186. 60,6% afirmam que não chegariam a usar do benefício de cotas.



13,79% afirmam que não chegariam a usar do benefício oferecido pela ADPF 186, mesmo sendo a favor das cotas raciais.

86,21% afirmam que chegariam a usar do benefício oferecido pela ADPF 186.

Portanto, podemos concluir que apesar da maioria dos entrevistados serem contra o sistema de cotas proposto pela ADPF 186, grande parte (39,4%) usaria do sistema beneficiário, alegando assim ser um direito. A teoria tridimensional do direito deixa claro nesse caso que o fato se atrela ao valor social para então surgir a norma jurídica, e esta por sua vez vem a ser corroborada com a atitude dos cidadãos que mesmo sendo contra o sistema de cotas, adotariam este de modo que seriam privilegiados.

5. Conclusão

No presente artigo, buscou-se desenvolver e esmiuçar detalhadamente a problemática acerca da questão analisada, buscando-se o aprimoramento de ideias e a constituição de hipóteses, possibilitando diversas considerações sobre a constitucionalidade da ADPF 186 sobre a perspectiva da teoria de Miguel Reale e de Hans Kelsen. Analisando a realidade em torno de valores que circundam a sociedade, e ao mesmo tempo, a relevância jurídica e a influência de tal processo no sistema brasileiro.

Nitidamente foi percebida a distinção de pensamentos sobre o determinado assunto, procurou-se mostrar esse diversos posicionamentos (contrários e favoráveis a ADPF 186). Como foi explanada anteriormente, a ADPF 186 foi considerada improcedente, vigorando o sistema de cotas nas universidades públicas, no intuito de combater as desigualdades raciais e proporcionar inclusão social, porém ao analisar-se o método empregado para tal inclusão social, percebe-se para alguns doutrinadores, um preconceito camuflado por trás das políticas públicas.

Com a ADPF 186, buscou-se mostrar que a sociedade não necessita de um sistema para cobrir o déficit educacional brasileiro, que não se está em busca de um favor em prol da sociedade, e nem muito menos de uma compensação pelo histórico escravocrata no Brasil, considerando-se uma deslealdade para com toda a sociedade, não se tratando de um direito no rol de garantias fundamentais, e sim, de mais uma manobra por parte do poder público para que o Brasil suba no ranking da educação, não tendo com objetivo garantir o que de fato é necessário: educação de excelentíssima qualidade.

Pode parecer irônica a ideia de inclusão social do negro em um país onde possui a segunda maior população negra (perdendo apenas para Nigéria), é perceptível a "dívida histórica" que o país tem para com a população negra, contudo, deve ser observado se este é o real motivo para a criação do sistema de cotas, não sendo justo e cabível que determinados jovens percam vagas em universidades de ensino público por não serem negros, como também não é pertinente que a população negra, que em sua grande maioria encontra-se à margem da sociedade, não tenha a perspectivas de ingressar no ensino superior, sendo seus objetivos menosprezados e cessados pela classe dominante.

Para se alcançar um sistema includente, deve-se haver uma mobilização social e política em larga proporção, melhorias no ensino público, (ensino fundamental e ensino médio), por parte do poder governante, pois é garantia fundamental de todos os cidadãos. Necessita-se também da movimentação social para que, efetivamente, seja cobrada uma solução, para que se chegue a um consenso, algo benéfico para sociedade em sua totalidade, quando isso for possível, poder-se-á discutir sobre o real sentido da busca da igualdade.

6. Notas

- ¹ Discente do 4º período do curso de Direito da Faculdade do Vale do Ipojuca (Caruaru-PE), e-mail: gleb.bezerra@ gmail.com.
- ² Discente do Discente do 4º período do curso de Direito da Faculdade do Vale do Ipojuca (Caruaru-PE), e-mail: joanne_sol93@hotmail.com.
- ³ Professora do curso de Direito da Faculdade do Vale do Ipojuca (Caruaru-PE), Especialista em Ciências Criminais pelo Complexo Damásio de Jesus, e-mail: raissabraga@msn.com.
- ⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.
- ⁵ BOBBIO, Noberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- ⁶ REALE, Miguel. Em defesa dos valores humanísticos. *O Estado de S. Paulo*, 13 mar. 2004a.
- ⁷ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ⁸ LEITE, Márcia Pereira. *Preconceito racial e racismo institucional no Brasil.* Disponível em: <www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1202>. Acesso em: 22 maio 2013.
- ⁹ STF, MI 58, rel. Min. Celso de Mello.
- ¹⁰ SOUZA, Oziel Francisco de. As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material. Dissertação de mestrado orientada pelo Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz na Universidade Federal do Paraná, 2003.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*.2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- ¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ¹³ BARROS, Ricardo Paes de. Entrevista realizada para o jornal Valor Econômico.
 Publicada no dia 22 de março de 2012.
 Disponível em: <www.valor.com.br/brasil/2581488/paes-de-barros-defende-cotas-raciais-para-altos-cargos-e-pos-graduacao>. Acesso em: 6 jun. 2013.
- ¹⁴ BATISTA, Alex Ferreira; COSTA, Rodolfo Grellet Teixeira da. *Ações afirmativas por meio das cotas para afrodescendentes nas universidades no Brasil:* forma de racismo ou forma de melhor integração à diversidade racial? Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi, realizado em Fortaleza/CE nos dias 9, 10, 11 e 12 de junho de 2010, p. 3.409-3.416. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4073.pdf>. p. 3415. Acesso em: 6 jun. 2013.
- ¹⁵ *Ibid.* p. 3411. Acesso em: 6 jun. 2013.
- ¹⁶ BARROS, Ricardo Paes de. *Entrevista realizada para o jornal Valor Econômico*. Publicada no dia 22 de março de 2012. Disponível em: <www.valor.com.br/brasil/2581488/paes-de-barros-defende-cotas-raciais-para-altos-cargos-e-pos-graduacao>. Acesso em: 6 jun. 2013.

7. Referências Bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- _____. *Manual de Direito Consti*tucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BOBBIO, Noberto. *A era dos direi*tos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direi*to *Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUREAU JURÍDICO. Complexo Educacional de Ensino e Pesquisa. *Direito*: Administrativo, Educacional de Ensino e Pesquisa. Brasília: Esaf, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, decisão, dominação. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAMAN, Jeannette. Fenomenologia Existencial do Direito: Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2. ed., 2003.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- RADBBUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REALE, Miguel. 1910. Filosofia do Direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Em defesa dos valores humanísticos. *O Estado de S. Paulo*, 13 mar. 2004a.
- RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional:* teoria do estado e da constituição. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2007.
- SANTOS, Renato Ferreira dos. *Ações Afirmativas*—A Questão das Cotas. Impetus, 2011. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=A DPF&s1=186&processo=186>.



Turbocapitalismo: a imobilização da vontade pelo imperialismo do mercado

Jean Eduardo Aguiar Caristina¹

1. Introdução

O capitalismo assumiu, especialmente no final do século XX e início do XXI, um formato diferente de sua antiga concepção.

A influência da política neoliberal perpetrada pelos Estados e o adensamento da globalização movida especialmente pelo aumento da tecnologia informacional resultaram numa potencialização da velocidade do capitalismo nas sociedades que o adotaram como modelo econômico.

Faz-se necessária a reavaliação destas transformações para se entender quais as características deste novo modelo cunhado de turbocapitalismo, justamente para realçar o dinamismo com que está sendo implementado sob o manto da livre iniciativa.

O turbocapitalismo acelerou também o consumo, que é componente fundamental de qualquer microeconomia, por ser inerente à sua natureza propor um sistema produtivo dependente da demanda para se retroalimentar.

Assim, o resgate das características centrais da sociedade de consumo, erigida em meio à revolução industrial como instrumento de viabilização das mudanças implementadas pelas novas tecnologias que contribuíram para a implantação da produção em escala e a democratização do consumo, é de

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 143-163 - UCAM (Rio de Janeiro)

fundamental relevância para aferir qual o grau de interferência do turbocapitalismo no remodelamento de suas estruturas.

Com o tempo, a sociedade foi cada vez mais pressionada pelo mercado, que passou a tratá-la não mais como destinatária final dos bens de consumo, mas como instrumento para continuar sua caminhada rumo ao turbocapitalismo.

O consumidor foi reformatado pelo mercado, que, globalizando-se, tornou plano o mundo, rompendo fronteiras e se autodenominando apátrida, estabelecendo um novo ambiente artificialmente tratado como natural, fixando códigos e senhas que permitem ou não aos indivíduos viver neste lugar desconhecido.

Ao fazê-lo, impôs uma vontade racional, que já não corresponde mais aos desejos próprios do consumidor, mas se identifica com os propósitos estrategicamente definidos pelo turbocapitalista, suprimindo a vontade livre e substituindo-a pela conduta arbitrária.

Isto ocorreu em razão do medo de que, ao recusar a força irresistível do mercado, se tornasse, o homem, destruidor do próprio homem, causador de crises e demais implicações de sua possível não contribuição para o mundo livre, próspero e sustentável que lhes foi prometido.

Daí a importância de, a partir da sociedade de consumo, compreender quais as implicações do turbocapitalismo no condicionamento dos costumes e práticas de consumo, como fundamentais elementos propagadores desta sociedade neoliberal globalizada.

2. A sociedade de consumo

Consumir sempre foi uma ação humana natural. Afinal, desde que nascemos aprendemos a fazê-lo.² Consumimos o ar, a água e os bens naturais. Consumimos os produtos que nos garantem bem-estar, serviços que nos trazem conforto e comodidade. Consumimos o tempo todo, e todo o tempo.

A sociedade pós-industrial passou a consumir como exercício e não mais como necessidade. O que antes simbolizava um modo de viver (consumir para continuar existindo) se transformou em modo de vida (existir para continuar consumindo).

Esta nova sociedade, frenética, de consumo despreocupado, conforme aponta Willis Santiago Guerra Filho, é fruto da aceleração da economia como resultado das mudanças tecnológicas, que a fez perder a capacidade de coordenação de suas ações em uma única direção. Esta sociedade vive "[...] na superficialidade, em um mundo que perdeu seu fundamento – com, digamos,

a 'morte de Deus', denunciada por Nietzsche no 'Zaratustra', à que teria se seguido a 'morte do homem' (Foucault) –, e essa superfície é escorregadia, não permitindo que a humanidade caminhe nela em um determinado rumo, mas sim 'deslize' nas mais variadas direções".³

Na chamada revolução industrial o consumo correspondia a um mecanismo de mercado para escoamento de produção em escala. A linha de montagem e os baixos custos de produção despejavam no mercado produtos a preços baixos e acessíveis à grande população de trabalhadores. Os consumidores, recém-chegados das zonas rurais, foram apresentados ao mundo novo, e este mundo precisava deles, prósperos consumidores, trabalhando em suas fábricas.

A revolução tecnológica experimentada no final do século XVIII, segundo Fábio Nusdeo, "[...] decretou o fim do artesanato e gerou o proletariado, entre tantas outras mudanças fundamentais na estrutura das sociedades, as quais acabaram se separando em sociedades industriais e não industriais [...]."4

O ciclo econômico na ocasião, conforme relata Edward Luttwak, era promissor. O autor relata que em 1914 o salário de um funcionário da Ford era de cinco dólares por dia, enquanto um veículo produzido pela montadora custava trezentos e sessenta dólares. O baixo custo do produto permitia que parte de seus funcionários adquirissem o carro com apenas doze semanas de trabalho.⁵

A produção em escala exigia um consumo também massificado, o que justificava isenções e toda espécie de ajuda aos empresários, considerando que as indústrias eram literalmente o motor da economia, já que geravam empregos em quantidade jamais vista, bem como a inclusão de milhares de desempregados no mercado de trabalho.

O consumidor passou a dispor de produtos em grande quantidade e com preços acessíveis sem preocupações com o exaurimento do meio ambiente, com o aumento da inflação ou com a escassez dos meios de produção. Simplesmente produzia-se e consumia-se.

O mercado do século XIX, inspirado na doutrina liberal de Adam Smith, David Ricardo, Anne Robert Jacques Turgot e Jean-Baptiste Say, prosseguiu sua sanha desenvolvimentista, confirmando o capitalismo como o sistema de produção mais adequado à preservação das liberdades positivas e negativas e como modelo de inclusão das classes proletárias, apesar de já se notarem grandes desigualdades sociais.

No entanto, a 1ª Guerra Mundial e a crise de 1929 redefiniram as prioridades tanto do mercado quanto dos Estados. Por parte do mercado já não havia mais a necessidade de afirmação da produção em escala como o modelo

mais adequado à concretização do capitalismo. O que estava em pauta, para o empresariado, era como conquistar novos espaços para impor competição.

Em contrapartida, havia desconfiança do Estado. Sua inação ao longo do século XIX permitindo a regência da economia pela mão invisível do mercado despertava o sinal de alerta sobre a possibilidade de repetição do fenômeno. O Estado passaria, então, a intervir na economia com maior vigor.

Esta interferência nas liberdades produtivas perduraria pelos próximos anos até que outro fenômeno bélico alterasse o curso da história. Ao final da 2ª Guerra Mundial, milhares de dólares aportaram na Europa sob o argumento de se tratar de um programa de reconstrução. A abertura das fronteiras para o capital estrangeiro era justificável num cenário de devastação e miséria. Por outro lado, para os investidores, a chance de aumentar a capilaridade de seus negócios. Este movimento era um ensaio do que se confirmaria como globalização.

Porém, o mundo ainda vivia sob suspeita, e assim permaneceu até meados de 1970, com os Estados controlando a economia direta e indiretamente, regulando preços e estabelecendo condições relativamente equânimes para a recuperação social, cultural e econômica.

Entretanto, com o passar do tempo essas condições demonstraram sinais de desgaste, pois o mercado controlado não encontrava meios de aumentar sua produtividade. Assim, a doutrina keynesiana ortodoxa seguida por grande parte dos países desenvolvidos, embora benéfica para o restabelecimento das condições de concorrência, não era suficiente para retirar as economias da estagflação. O crescimento econômico, principalmente na Europa, embora ainda alto, já dava sinais claros de desaceleração, conforme aponta Tony Judt.⁶ O aumento da desigualdade social e a alta concentração de riquezas obrigavam o Estado a ter um novo olhar para a regulação dos mercados.

Hunt e Sherman registram que em 1962 apenas cinco das maiores empresas norte-americanas eram detentoras de 12,3% de todo o ativo industrial. Em 1969, somente 1,6% da população detinha mais de 80% das ações das corporações privadas. Em 1970, cerca de 25,5 milhões de americanos viviam em situação de miséria, com renda mensal 325 dólares. Os 5% mais ricos dos Estados Unidos recebiam acima de 20% do total de renda do país.⁷

Paralelamente, reduziam-se as possibilidades de uma terceira guerra e recrudescia a indisposição política entre os Estados Unidos e a União Soviética. Vislumbrava-se, então, um novo mercado que devolvesse a livre iniciativa reclamada pelos empreendedores, e que tivesse uma melodia capaz de conquistar investidores e consumidores para uma empreitada rumo ao desenvolvimento, e que, consequentemente, permitisse aos Estados reduzir sua malha de proteção social, tão onerosa aos orçamentos.

Com isso, paulatinamente, a desregulação atingiu diversos setores da economia, sendo o bancário um dos principais. Isto porque o crédito, em tempos de estagflação, era escasso, fruto, especialmente, do alto custo da moeda, obrigando os governos a se endividarem cada vez mais para manutenção de políticas que assegurassem estabilidade ao mercado.

Outro setor diretamente afetado pela desregulação foi o sindical, pois era necessário um afrouxamento de sua atuação sobre as relações de trabalho, transferindo o controle dos custos de mão de obra para o próprio mercado.

A consequência imediata deste esforço de desregulação foi o aumento da produção e, consequentemente, dos estoques, dado o desequilíbrio entre produção e demanda, visto que a população ainda sofria das agruras das guerras e dos sucessivos anos de intervenção estatal. E para que não fossem taxados como incompetentes na consecução da doutrina keynesiana, os Estados denominaram o novo modelo econômico de neoliberalismo, que, por um lado, afastava receios de que se repetissem problemas típicos do antigo sistema liberal, e, por outro, criava expectativas em torno de um modelo teoricamente jamais existente.

Uma das soluções para o reequilíbrio da relação produção-demanda era o estreitamento do mundo, a eliminação de fronteiras entre os países e a criação de espaços de consumo universalizados. O discurso do multiculturalismo foi rapidamente revogado, pelo menos na perspectiva econômica. Num mundo que se globalizava, a penetração da cultura ocidental, rica, dominante, noutras culturas com menor potencial, enfraquecidas, antiquadas, era um processo natural e fundamental de escoamento da produção.

Os países se intersectaram pelo discurso da identidade. A mídia, neste aspecto, teve fundamental importância, pois foi por meio da publicidade que se vendeu à população dos países hospedeiros a falsa ideia de conexão por meio do consumo. Resolviam-se, com isso, duas situações desconfortáveis para o fluxo produtivo: a globalização do consumo impedia a formação de estoques nos países desenvolvidos e reduzia os altos níveis de desemprego e, para os países anfitriões, o consumo era a possibilidade de usufruir de uma nova cultura que os tornava globalizados, evitando-se distanciamento do próprio mundo.

O passar do tempo apenas intensificou este movimento. A globalização não foi – e nem poderia ser – refreada, os produtores cada vez mais aumentaram as vendas para os países vizinhos e o consumidor continuou a ser encantado pela descoberta do novo mundo, esquecendo, muitas vezes, até mesmo sua própria cultura, seus hábitos e sua forma de ser. Era a conquista do mundo pelas mãos do consumidor e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de cuidar dele, evitando que os fatos ocorridos no passado se repetissem.

O capitalismo foi globalizado e, com ele, uma nova sociedade se formou, não em razão do interesse de convívio universal harmônico, mas com a finalidade de salvar o planeta da possível tragédia da insustentabilidade econômica. Os indivíduos estavam, pois, condenados ao neoliberalismo, a partir da experimentação de suas próprias angústias vividas em tempos de crise e miséria e pela experiência de então se transformarem nos novos heróis da modernidade.

Neste movimento de substituição dos interesses verdadeiros, legítimos, por bens de consumo, eles – os bens – tomaram o lugar da própria felicidade, que passou a ser algo fungível e extrínseco ao próprio indivíduo. Já não importava o quão felizes (ou infelizes) eram os indivíduos, mas no quão próspera era sua economia.

Os bens, segundo Inês Hennigen, passaram a representar "[...] senhas que possibilitam identidade, pertencimento e reconhecimento social", 8 ou, como assevera Pierre Bourdieu, uma "realidade que tende a estabelecer [...] o sentido imediato do mundo". 9

Jean Baudrillard considera o consumo um sistema "[...] em que os bens e as próprias necessidades, como também os diversos indícios de cultura, transitam de um grupo modelo e de uma elite diretora para as outras categorias sociais, em conformidade com o seu ritmo de 'promoção' relativa". Daí a constatação de Milton Santos de que "os objetos que nos cercam são, cada vez mais, objetos técnicos criados para atender a finalidades específicas. As ações que contêm são aprisionadas por finalidades que, raramente, nos dizem respeito". 11

Há, no consumo, diversas sensações possivelmente experimentáveis. A primeira é a de libertação, por meio da qual as pessoas se sentem livres das amarras do passado e se conectam a um mundo sem guerra, sem ideologias extremistas e sem imperialismos. É o que Edward Luttwak denomina de "amor pela liberdade". ¹² E há de se convir que os povos consumidores dos países desenvolvidos, especialmente dos Estados Unidos e da Europa, ainda tinham bastante recentes as lembranças da guerra e suas consequências, que tornava a opção pelo consumo ainda mais simples.

Além da liberdade, a sensação de consumir e de fazer parte do mundo está vinculada a um sentimento de poder. Quem detém recursos experimenta, mesmo que artificial e transitoriamente, o êxtase da conquista; consumidores são como guerreiros que, após vencerem a batalha, têm autorização para pilhar bens dos derrotados. Outra possível justificativa é o poder da massa que, segundo Sigmund Freud, significa que as pessoas tendem a se unir em grupos para suplantar o arbítrio do mais forte. Uma terceira hipótese são as convenções sociais, isto é, o consumo como credencial que autoriza a pessoa a conviver em grupos mais ou menos identificados com a sua forma de consumo.

Num mundo que não sofre mais as ameaças da guerra e das ideologias socialistas, em que os bens são senhas para ingresso na sociedade dos incluídos, os consumidores já não se sentem identificados por ideologias. Para eles, pouco importa se o Estado adota uma postural tal ou qual, liberal ou neoliberal. A identidade se dá pelo que se consome ou pelo que pode ser consumido, por standards mais ou menos estabelecidos que tipificam, classificam, enquadram e estipulam todo tipo de consumidor, segundo prescreve Abraham Maslow.¹⁵

É característica desta sociedade se preocupar menos com o que se consome e mais em gerar capacidades e meios para continuar consumindo. Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior aponta que a "[...] sociedade de consumo cria uma relação não propriamente de troca no sentido horizontal, mas em termos de um processo circular, no qual o indivíduo consome para aumentar a capacidade do próprio consumo". 16

Portanto, é do capitalismo globalizado e neoliberal que se forma a sociedade de consumo, um agrupamento de indivíduos, desordenados, desconectados dos verdadeiros interesses próprios e desinteressados dos comuns, porém valiosos para o mercado, o único com condições de interligá-los e permitir certa correspondência entre si.

3. Turbocapitalismo

Não há dúvida de que o capitalismo venceu, e a vitória não é somente ideológica, mas também jurídica, a ponto de ser declarado no texto constitucional como fundamento da ordem econômica, como bem observou Ricardo Sayeg:

"O capitalismo está nítido em nossa Constituição Federal, que enuncia a liberdade de iniciativa como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, inciso IV, e como fundamento da ordem econômica, no *caput* do art. 170, cujo dispositivo constitucional também explicita a liberdade de atividade econômica, no parágrafo único e reconhece à propriedade privada seu princípio, no inciso II." 17

Os autores Ricardo Sayeg e Wagner Balera consideram o capitalismo a "política econômica para o mundo", ¹⁸ sendo indissociável da possibilidade de ser o modelo mais apto a criar oportunidades, já que "[...] em ambiente de liberdade, as poderosas forças de mercado potencializam a positividade capitalista e tendem, assim, a propiciar bons resultados e o aumento da taxa coletiva de riqueza e prosperidade". ¹⁹

O problema desta proposição é que todos sabiam bem disso, e transformaram o capitalismo em instrumento de poder e de gestão também dos interesses públicos, tomando dos Estados parte de sua autonomia. E não foi subtraída, como se poderia imaginar, mas estrategicamente anuída, pois sendo o capitalismo um fomentador da prosperidade, os Estados, finalmente, poderiam diminuir de tamanho, substituindo o *welfare state* por um modelo capaz de dar à sociedade condições equivalentes, quiçá ainda melhores.

Antes, segundo Zygmunt Bauman, "O significado de 'Estado' foi precisamente o de um agente que se gabava dos recursos suficientes para estabelecer e impor as regras e normas que, esperava-se, transformassem a contingência em determinação, a ambivalência em Eindeutigkeit [clareza], o acaso em regularidade".²⁰

É este cenário de aparente desordem que propulsionou o turbocapitalismo, pois na ordem, tal como supostamente foram os mercados após 1930, há pouca criatividade destrutiva a impulsionar a competitividade e as boas ideias que eliminarão os produtores ultrapassados. A desordem que alimenta o capitalismo não é apenas a da desregulação – até porque desregular não significa necessariamente desordem, mas pode ser um processo consciente de absenteísmo que resulta em melhores resultados em determinadas situações –, mas a da própria supressão do Estado pelos interesses hedonistas do mercado.

Numa dimensão ainda maior, a desordem que alimenta o turbocapitalismo é a superação da própria soberania, já que as empresas tendem a se instalar em países, sem ter, elas mesmas, uma pátria definida, autodenominando-se empresas multinacionais ou transnacionais, comprometendo controles, regulações, intervenções ou qualquer outras medidas tradicionais de ação estatal.

Assim, os idealistas do turbocapitalismo, segundo Edward Luttwak,

"[...] pregam e exigem, é o empreendimento privado liberado da regulamentação do governo, não controlado por sindicatos ativos, não impedido pelas preocupações sentimentais com o destino dos empregados ou das comunidades, não restrito pelas barreiras alfandegárias ou restrições de investimento, e molestado o mínimo possível por impostos."²¹

A promessa do mundo novo está na suposta "[...] economia mais dinâmica, que gerará novas riquezas [...]",²² com a assunção de que somente a destruição criativa permite um mundo mais competitivo. É, segundo Ricardo Castilho, um "darwinismo econômico",²³ uma parábola ao estilo *western* em que somente os fortes sobrevivem.

A definição de turbocapitalismo não se afasta dos conceitos tradicionais de capitalismo e de neoliberalismo. Pelo contrário. Ele é justamente capitalista e neoliberal, porém numa intensidade jamais experimentada pelas sociedades.

A expressão foi cunhada por Edward Luttwak, que define uma forma de ser bastante própria deste fenômeno:

"A novidade do turbocapitalismo é apenas questão de grau, mera aceleração no ritmo da transformação estrutural em qualquer índice determinado de crescimento econômico. [...] A máquina gira rápido, moendo padrões de comportamento estabelecidos e suas relações humanas mesmo quando a economia não está crescendo em absoluto [...].

A causa mais óbvia da acelerada transformação estrutural (turbocapitalismo) é a retirada mundial do Estado do território do mercado. Houve um abandono integral da propriedade estatal, do planejamento central, do controle administrativo e da maior parte do controle normativo, com todas as suas inflexibilidades igualmente inimigas da transformação estrutural, da inovação, do crescimento econômico, dos deslocamentos individuais e das rupturas sociais."²⁴

O terreno fértil do turbocapitalismo é a globalização, já que é da sua essência a superação de toda espécie de barreiras, isto é, para que o turbocapitalismo prospere é necessário que o mundo seja planificado, que os Estados se abstenham de criar medidas protetivas e que a desordem seja vista como um processo natural de destruição, que recicla, transforma e dinamiza a nova ordem, desorganizando-a novamente, destruindo-a e assim sucessivamente.

Outra característica própria do turbocapitalismo é a não padronização dos modelos, ou seja, para que o fenômeno do capitalismo possa operar em alta velocidade é vedado pensar em barreiras culturais que o classifiquem como ocidentalista ou americanizado. O turbocapitalismo não tem pátria, não tem paixões. É o que Thomas Friedman denomina "Globalização 3.0":

"[...] a Globalização 3.0 não difere das eras anteriores apenas em termos do quando vem encolhendo e achatando o mundo e do poder com que está munindo o indivíduo. A diferença reside também no fato de que as duas primeiras etapas foram lideradas basicamente por europeus e americanos, pessoas e empresas. Muito embora a China fosse a maior economia do mundo no século XVIII, foram os países, empresas e exploradores ocidentais que conduziram a maior parte do processo de globalização e configuração do sistema."²⁵

Os intérpretes do turbocapitalismo, ou seja, os agentes e o mercado, deram à ideia de "destruição criativa" uma falsa conotação. Para eles, a destruição existe na medida em que é estabelecida uma concorrência tal, que simplesmente faça desaparecer do meio aqueles com menor capacidade de estabelecer competição. Os fatores tempo, recursos, preço e espaço são fundamentais para separar perdedores e ganhadores.

Joseph Schumpeter, que cunhou a expressão "destruição criativa", concluiu ser inerente ao capitalismo a competição. É ela que estipula novos padrões de comportamento do mercado, inova, reinventa, remodela. Segundo o autor "o impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista".²⁶

Assim, a eficiência de um mercado não está centrada no preço, mas nas novas técnicas, novas mercadorias, novas fontes de suprimento, novo modelo organizacional. São estes os implementos que alavancam a economia e expandem a produção, reduzindo preços e tornando-a mais competitiva.

O turbocapitalismo é a aceleração destas mudanças idealizadas por Schumpeter. É uma potencialização das forças produtivas e consumidores jamais assistida em nenhum momento da história. É, conforme Milton Santos, a troca da competição pela competitividade, que tem por característica a guerra como norma e a ausência de compaixão.²⁷

4. O imperialismo do mercado

O anúncio da morte de pessoas num acidente aéreo não gera mais comoção do que a notícia de problemas financeiros de determina uma empresa multinacional.

O mercado tende a reagir com maior sensibilidade a pesquisas de intenção de consumo ou dados sobre taxa de desemprego do que quando apresentados números relativos à fome e miséria mundial.²⁸

Este, de certa forma, é o reconhecimento de uma hierarquia comportamental que coloca o interesse econômico na mais alta posição da tribuna, e ele, com seu sotaque universal, galanteador das minorias e relativamente seguro para as lideranças econômicas, passa a ditar as regras que regerão os interesses políticos que organizam a economia. É o que observa Edward Luttwak:

"Com as reduções, tanto no número de trabalhadores de chão-de-fábrica quanto no de engenheiros, tanto no de funcionários de escritório quanto no de gerentes, a

Boeing demitiu cerca de 45 mil pessoas entre 1992 e 1996. Era todo esse corte de empregos que gerava tanto entusiasmo em Wall Street, onde as estimativas indicavam que os gastos diminuiriam e o faturamento com vendas aumentaria, de forma compatível com a grande disparada nas encomendas de aeronaves. Ninguém parou para pensar se a produção e, portanto, os rendimentos não poderiam ser prejudicados pela demissão em massa de trabalhadores altamente experientes."²⁹

No mundo turbocapitalista não há razão para espanto com a informação de que os mercados se sensibilizam mais pelos números do que pelas pessoas. Os trabalhadores, perdedores do sistema, são externalidades negativas sobre as quais não se deve preocupar, sob pena de transparecer uma sensibilidade contraditória à própria cartilha do mercado: é a riqueza que move o mundo, e não a miséria.

O turbocapitalismo foi velozmente implantado num grande número de países como a grande novidade capaz de mover os povos em direção a uma tal felicidade. E o desenvolvimento foi o mote de sua campanha. Foi ele o modelo que acelerou a queda dos muros, tornando o capitalismo neoliberal globalizado uma potência que se moveu em direção aos países com políticas mais frágeis e perfil cultural mais facilmente ludibriável.

A mundialização, segundo Milton Santos, levou as sociedades a adotarem "[...] de forma mais ou menos total, de maneira mais ou menos explícita, um modelo técnico único que se sobrepõe à multiplicidade de recursos naturais e humanos".³⁰

A aceitação do turbocapitalismo por boa parte dos países se deve, implicitamente, a um desejo de viver cada vez mais o *american way of life*. Este jeito de ser foi propagandeado aos povos desejosos de um mercado livre e de fácil acesso aos bens de consumo, incentivados por certa leniência dos governos, que descobriram a facilidade de se manter um discurso relativamente coerente acerca do livre mercado em contrapartida ao constante dever de justificar o porquê de não conseguir garantir, satisfatoriamente, o bem-estar social.

Um desejo – normalmente inexplicável – de uma vida mais abastada motiva os indivíduos a obterem identidades que permitem o ingresso no novo mundo e os bens representam o veículo que mais facilmente transporta o consumidor para um modelo de vida tópico. Assim, o novo *locus* do consumidor não é a prateleira, tampouco o supermercado. É o próprio mundo. Ao consumir, consumimos o universo, nos unimos em natureza a pessoas que sequer conhecemos, sentimo-nos parte de uma experiência transcendental: consumimos aqui, mas experimentamos o de lá.

Para que a experiência seja efetivamente sentida, o consumir não pode ser fruto de decisão do consumidor, pois se assim o fosse, tal decisão estaria propensa a preconceitos, vícios, regionalismos, cultura e outros elementos que segregam a natureza universal que o mercado turbocapitalista pretende instituir. Com isso, não é do consumidor a decisão do que se consome, e sim do mercado, que se utiliza de um método de alienação que simula uma condição completamente desconhecida pelo consumidor.³¹ A vontade, por isso, não é mais livre. O prazer inato do consumo não é mais sentido. Consume-se por medo de não se poder mais consumir.

Outra característica típica do turbocapitalismo é a transferência ao consumidor da responsabilidade pelos insucessos do mercado. O fardo do sucesso econômico de um país já não é mais suportado pela superestrutura, tampouco pelo mercado. É o consumidor, agora, o motor do mundo. O ser humano virou réu, acusado por todos os meios de ter corrompido a estrutura e não ter tido capacidade de sustentá-la para a posteridade.

O ser humano é, a um só tempo, acusado de causar o aquecimento global, mas incentivado a consumir veículos que emitem cada vez mais e mais toneladas de poluentes da atmosfera. É acusado de reduzir o bem-estar de parte da população, justamente por consumir, dela o que minimamente lhes poderia ser útil para manutenção da vida, ao passo em que é transformado em herói do sistema por permitir que a roda da fortuna dos países denominados desenvolvidos continue a girar.

Como bem observa Milton Santos, "se antes a natureza podia criar o medo, hoje é o medo que cria uma natureza mediática e falsa, uma parte da Natureza sendo apresentada como se fosse o todo". E o medo que nos conduz aos espaços vazios do consumo, nos obrigando a viver num estado artificialmente construído, que tenta convencer da inexistência de regionalidades por meio de um sistema binário que programa o indivíduo a viver dentro ou fora. Há uma só região: a do mundo; ou você vive no mundo ou está fora.

É de se observar que nem mesmo as ações do governo americano para conter a crise de 2008 conseguiram impedir o avanço do turbocapitalismo. Antes que se aprofundasse ainda mais a crise, o governo lançou mão de intervir, e o fez, conforme aponta Ricardo Sayeg, por meio de "ativismo econômico governamental",³³ aportando bilhões de dólares nos mercados.

Mas, contrariamente ao que se poderia pensar, que ao adotar um plano de salvamento o Estado retomaria o curso da economia e dos mercados, basta dizer que os mesmos dogmas que geraram a crise continuam sendo seguidos pelos defensores do turbocapitalismo.

A propaganda negativa existente neste tipo de ação induz a sociedade a pensar que o comando do mercado não é do Estado, pois não foi demonstrado

nenhum sinal de arrependimento, ou reconhecido o erro de cálculo, tampouco devolvido ao Estado qualquer aporte que ele tenha feito em meio ao caos. Além do mais, este tipo de postura denota que em situações de crise, é ele, o mercado, quem deve ser salvo. As empresas grandes demais para quebrar não podem se tornar externalidades, não podem perder.

É típico do turbocapitalismo efetivar este tipo de proteção ao mercado, vitimando-o. Os heróis são os consumidores. Este, sem dúvida, é um fardo pesado a se carregar: o medo de não ser vilão do assassínio da sustentabilidade econômica.

Milton Santos observa que a vida sob medo é fruto de uma artificial construção, uma fantasia que impõe um modelo de conduta fictício. Para ele "Sempre houve épocas de medo. Mas esta é uma época de medo permanente e generalizado. A fantasia sempre povoou o espírito dos homens. Mas agora, industrializada, ela invade todos os momentos e todos os recantos da existência ao serviço do mercado e do poder e constitui, juntamente com o medo, um dado essencial de nosso modelo de vida".³⁴

Este sistema obriga os homens a continuarem consumindo, viciando-os por meio do que António José Avelãs Nunes classifica como "capitalismo de casino", ³⁵ seja por uma certa imposição midiática, seja pela implícita e insustentável sensação de culpa que haverá de carregar todo aquele que nega seu compromisso social com o meio, com a sua comunidade, com o "seu" mercado.

Tudo isso fulcrado na ideia de liberdade, cuja palavra, embora pequena e de redação simples, é de difícil conceituação, dada a possibilidade de se admitirem diferentes formas de interpretação. Justamente por isso o mercado se organiza para vender uma crença de que os mercados livres garantem liberdade ao consumidor, e que ao consumir ele experimentará esta liberdade e os deleites do mercado livre.

Todavia, conforme Ha-Joon Chang, nenhum mercado é completamente livre. É como o percebemos que o faz ser mais ou menos livre. Segundo o autor, "alguns mercados só parecem livres porque aceitamos tão completamente as regulamentações que os sustentam que elas se tornam invisíveis". ³⁶

O império do mercado é algo mais ou menos aceitável entre os americanos. Tanto para perdedores, quanto para os ganhadores. As externalidades são mais bem aceitas, são consideradas fatos econômicos, e não sociais. Os ricos não têm problema em ser ricos, não se envergonham, não se escondem. Pelo contrário, são modelos para os demais cidadãos.

Porém, os ricos aceitam o império do mercado e utilizam um código ético muito peculiar que os afasta da possibilidade de ser julgados como sortudos ou oportunistas. Este código de conduta obriga os ricos a continuarem trabalhando, evitarem exposições desnecessárias e levarem uma vida comedida – em padrões elevados de consumo – mas sem aventuras financeiras que relacionem sua riqueza ao prazer ou à diversão. Noutras palavras, segundo o padrão turbocapitalista americano, a riqueza não pode ser ostentada, mas mantida a duras penas e pelo trabalho árduo.

Esta assunção dos americanos com os desígnios do destino tem origem na sua própria cultura protestante, que "[...] induz os norte-americanos a ver o desejo de tornar-se rico como bastante louvável, e o sucesso em fazer isso como uma realização moral, já que é visto tanto como o resultado de um esforço sacrificial ao ganhar dinheiro quanto como o de uma contenção auto-anuladora ao gastá-lo".³⁷

Maria Manuel Leitão Marques e Catarina Frade apontam que esta cultura se deve "[...] devido à sua atitude no lidar com o crédito, com o lucro e, em geral, com o dinheiro; o tratar-se de uma sociedade de emigrantes, ansiosos por começar de novo e deixar para trás as dívidas contraídas no velho continente [...]".³⁸

O turbocapitalismo globalizou não só o acesso aos bens de consumo, a circulação do capital e os novos produtos financeiros, mas impôs aos países que o adotaram a americanização cultural, derrubando inclusive fronteiras da fé para estimular o pensamento protestante formador da cultura americana. Não importa como estas sociedades, recolonizadas pela dominação econômica, foram constituídas. Certamente, cada uma delas tem uma história e uma formação cultural diferente. Mas isto não importa. Aceitar o turbocapitalismo é negar suas características próprias. Negar o turbocapitalismo é se posicionar fora do eixo de desenvolvimento econômico. A decisão tem estes parâmetros.

Não é sem motivo a advertência de Milton Santos, de que a produção do consumidor antecede a produção dos bens e dos serviços, que resulta de um "despotismo do consumo" como circunstância do "império da informação e da publicidade".³⁹

Há muito pouco de natural neste sistema binário de inclusão e exclusão. O sistema econômico produz intencionalmente exclusões, pois somente excluídos ameaçam os incluídos a continuarem produzindo riquezas.

A eficiência produtiva, segundo o turbocapitalismo, não é alcançada num cenário sem desemprego, pois são eles, os perdedores, que fazem sombra aos empregados, os vencedores, e os impelem a aceitar empregos em condições cada vez piores e com salários cada vez menores.⁴⁰ Este movimento tem ocasionado um reposicionamento da classe média. Aqueles que conseguem subir e se posicionar entre os ricos devem lutar para se manter neste padrão; os que

ficarem entre os pobres, tomarão deles seus empregos e passarão a ser uma nova classe baixa. Os pobres, um mero detalhe neste realinhamento das estruturas sociais.

Segundo António José Avelãs Nunes, o capitalismo desenfreado que dominou o mundo nos últimos anos é uma ideologia desenvolvida com o intuito de beneficiar os Estados Unidos. O autor registra que "por volta de 2001, os dados disponíveis apontavam no sentido de que os EUA absorviam cerca de 80% da poupança mundial".⁴¹

O risco por trás deste movimento é ressaltado por Boaventura de Sousa Santos, "[...] já que os valores, os artefatos culturais e os universos simbólicos que se globalizam são ocidentais e, por vezes, especificamente norte-americanos, sejam eles o individualismo, a democracia política, a racionalidade econômica, o utilitarismo, o primado do direito, o cinema, a publicidade, a televisão, a internet, etc.".⁴²

Daí o posicionamento de Ricardo Sayeg quanto ao risco de se aceitar o imperialismo do mercado e sua força devastadora que não tem compaixão pelo diferente, não respeita culturas locais, tampouco aceita a ideia de regionalismo. Para o autor do capitalismo humanista

"[...] não podemos cair na armadilha de aplicar no Brasil a análise econômica do direito conforme a Escola de Chicago, pois sua implementação implicará um Estado liberal promotor de um liberalismo econômico sem os freios e calibragem sociopolíticos, provocando um desmantelamento das nossas, ainda inacabadas, contudo concretas, realizações dos objetivos fundamentais da República e das decorrentes conquistas políticas, sociais e culturais, ao arrepio do princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social, consagrado no art. 5º, inciso XLI, combinado com os arts. 3º e 6º, todos da Constituição Federal."

A aceitação do turbocapitalismo como modelo vigente e irrefreável de economia é, segundo Milton Santos, a negação do próprio direito de cidadania, mas a busca hedonista de um prazer individual, promíscuo. Segundo o autor

"Consumismo e competitividade levam ao emagrecimento moral e intelectual da pessoa, à redução da personalidade e da visão do mundo, convidando, também, a esquecer a oposição fundamental que há entre a figura do consumidor e a figura do cidadão. É certo que, no Brasil, sentimos menos, ou quase nada, tal oposição, porque em nosso país jamais houve a figura do cidadão. As classes

médias jamais quiseram ser cidadãs; os pobres jamais puderam ser cidadãos. As classes médias foram condicionadas a querer apenas privilégios, e não direitos."44

O império do mercado, portanto, significa a imposição da vontade de consumo aos indivíduos, adotando um sistema binário de inclusão e exclusão, que tende a posicionar o consumir num dos polos a partir de suas "escolhas" desde que sejam compatíveis às do modelo ocidentalizado típico dos países turbocapitalistas.

O sistema liberal, que é o alimento do turbocapitalismo, anuncia a liberdade como o único meio, mas impõe o aprisionamento a uma estrutura de mercado desenhada pelo próprio mercado e a partir de seus pessoais e exclusivos interesses, subtraindo dos indivíduos o direito natural, inato, irrevogável, irrenunciável e indivisível de serem mais do que pessoas, de serem cidadãos do mundo.

5. Conclusão

O turbocapitalismo é, portanto, um capitalismo acelerado, uma potencialização do neoliberal e globalizado mercado econômico, com força para transformar o capital em apátrida e apagar do mapa as fronteiras que preservavam a história e a cultura dos povos.

A nova geografia econômica criou um novo *locus* na natureza, onde o espaço é relativizado não mais pelas características inatas do lugar, mas fruto de uma construção racional que impõe uma nova ética aos costumes e comanda novos rituais de comportamento à sociedade que lá pretende habitar.

O turbocapitalismo opera um sistema binário de poder-dever, justo-injusto, incluído-excluído, e oferece, sob o discurso disfarçado da liberdade, uma escolha para aquele que pretende habitar nestes novos cenários naturais.

As escolhas não são mais livres, mas sim baseadas numa avaliação das necessidades e comodidades efetivamente transformadoras da realidade individual. As escolhas são estandardizadas no sistema de inclusão/exclusão, oferecendo ao consumidor o sonho do pertencimento e identidade ao universo comum dos homens, o local em que os povos desenvolvidos, os ricos e os poderosos se encontram, mesmo que à distância, mesmo que digitalmente.

O medo fantasiado por alegorias de crises, caos, desordem, perdas e miséria comove os antigos heróis do mundo a se encetarem no consumismo desenfreado, o hiperconsumismo, consumindo crédito e tornando real o sonho do outro, seja ou não em detrimento de pesadelos individuais como o superendividamento ou os transtornos obsessivos de compra.

O império do mercado suprime a vontade livre. A vontade espiritual de ter foi substituída por uma vontade condicionada, "globalitária", isto é, que reúne os elementos irrefreáveis da globalização com os efeitos nefastos do totalitarismo.⁴⁵

A destruição criativa que impulsionaria o capitalismo no seu ideário original não é mais um processo de troca de técnicas e substituição de métodos por outros mais eficientes, mas na eliminação darwinista dos homens pelos próprios homens, como se fossem gladiadores que têm do consentimento despótico do soberano a anuência para continuar vivendo.

Assim, o turbocapitalismo propõe a destruição (nada) criativa do homem pelo próprio homem, retroalimentando-se deste método, usurpando dos indivíduos a própria condição de cidadãos, para torná-los apenas peças movidas sempre em direção ao consumo do racionalmente determinado.

5. Notas

- ¹ Doutorando em Direito Econômico na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho – Uninove. Professor universitário e Advogado.
- ² Segundo Fábio Nusdeo, a diferença entre os vários períodos da história "reside apenas no ritmo" de consumo de uma e de outra sociedade. (NUSDEO. *Introdução ao Direito Econômico*. p. 26).
- ³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese no Direito na Sociedade Pós--Moderna, p. 23.
- ⁴ NUSDEO. *Introdução ao Direito* Econômico. p. 131.
- ⁵ LUTTWAK, Edward. *Turbocapitalis-mo:* perdedores e ganhadores na economia globalizada. p. 111.
- ⁶ JUDT, Tony. *Pós-Guerra:* uma história da Europa desde 1945. p. 332.
- ⁷ HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *História do Pensamento Econômico*. p. 180-181.
- ⁸ HENNIGEN, Inês. *Superendividamento dos consumidores:* uma abordagem a partir da Psicologia Social. p. 1177.
- ⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbóli*co. p. 9.
- ¹⁰ BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. p. 61.
- ¹¹ SANTOS, Milton. *1922:* a redescoberta da natureza. p. 5.
- ¹² LUTTWAK, Edward. *Turbocapitalis-mo:* perdedores e ganhadores na economia globalizada. p. 243.

- ¹³ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na Ci-vilização*. Novas conferências introdutórias e outros textos (1930-1936). p. 54.
- ¹⁴ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações:* investigação sobre sua natureza e suas causas. p. 322.
- ¹⁵ apud SHETH, Jagdish; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce. *Comportamento do Cliente:* indo além do Comportamento do Consumidor. p. 327-330.
- ¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder Econômico e Gestão Orgânica. p. 23.
- ¹⁷ SAYEG, Ricardo. Capitalismo Humanista diante da crise global, na visão de 2012. p. 34.
- ¹⁸ SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O Capitalismo Humanista:* filosofia humanista de Direito Econômico. p. 23.
- ¹⁹ *Ibid.* p. 163.
- ²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as consequências humanas. p. 68.
- ²¹ LUTTWAK, Edward. *Turbocapitalis-mo:* perdedores e ganhadores na economia globalizada. p. 49.
- ²² *Ibid.* p. 49.
- ²³ CASTILHO, Ricardo. Refundação do Direito Econômico sob a égide dos Direitos Humanos: o Capitalismo Humanista. p. 70.
- ²⁴ LUTTWAK, Edward. *Turbocapitalis-mo:* perdedores e ganhadores na economia globalizada. p. 61.
- ²⁵ FRIEDMAN, Thomas L. *O Mundo é Plano:* uma breve história do século XXI. p. 22.
- ²⁶ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia.* p. 110.

- ²⁷ SANTOS, Milton. As formas da pobreza e da dívida social. p. 10.
- ²⁸ Segundo António José Avelás Nunes "é o cheiro do petróleo e não o sangue das vítimas inocentes dos movimentos de protesto no mundo árabe que está a perturbar os dirigentes das potências ocidentais, que sempre apoiaram e continuam a apoiar todas as ditaduras dos 'reis do petróleo' e outras ditaduras 'amigas' (algumas impostas aos respectivos povos pelas 'democracias ocidentais')." (NUNES, António José Avelás. *A crise atual do capitalismo:* capital financeiro, neoliberalismo, globalização. p. 34).
- ²⁹ LUTTWAK, Edward. *Turbocapitalis-mo:* perdedores e ganhadores na economia globalizada. p. 83.
- ³⁰ SANTOS, Milton. *1992:* a redescoberta da natureza. p. 5.
- ³¹ É importante registrar a preocupação do legislador consumerista ao exigir no art. 31 do Código de Defesa do Consumidor que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços sejam apresentados em língua portuguesa.
- ³² SANTOS, Milton. *1992:* a redescoberta da natureza. p. 8.
- ³³ SAYEG, Ricardo. *Capitalismo Humanista diante da crise global, na visão de* 2012. p. 43.
- ³⁴ SANTOS, Milton. *1992:* a redescoberta da natureza. p. 8-9.
- ³⁵ NUNES, António José Avelãs. *A crise atual do capitalismo:* capitalismo, liberalismo, globalização. p. 41.
- ³⁶ CHANG, Ha-Joon. *23 coisas que não nos contaram sobre capitalismo*. p. 24.
- ³⁷ LUTTWAK, Edward. *Turbocapitalis-mo:* perdedores e ganhadores na economia globalizada. p. 38.

- ³⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. *Regular o sobre-endividamento*. p. 11.
- ³⁹ SANTOS, Milton. As formas da pobreza e da dívida social. p. 15.
- ⁴⁰ Segundo Milton Santos "Esta exclusão atual, esta produção de dívidas sociais e de pobreza obedecem a um processo racional, a uma racionalidade sem razão, a uma racionalidade que comanda as ações hegemônicas e arrasta as demais ações. Os excluídos são o fruto dessa racionalidade." (SANTOS, Milton. *As formas da pobreza e da dívida social.* p. 12).
- ⁴¹ NUNES, António José Avelãs. *A crise atual do capitalismo:* capitalismo, liberalismo, globalização. p. 25.
- ⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Globalização e as Ciências Sociais*. p. 45.
- ⁴³ SAYEG, Ricardo. *Capitalismo Humanista diante da crise global, na visão de* 2012. p. 47.
- ⁴⁴ SANTOS, Milton. As formas da pobreza e da dívida social. p. 16.
- ⁴⁵ Segundo António José Avelãs Nunes "A globalização neoliberal, que alguns procuram fazer passar como uma pura consequência 'mecânica', automática, inevitável do desenvolvimento científico e tecnológico, deve antes ser entendida como um projeto político levado a cabo de forma consciente e sistemática pelos grandes senhores do mundo, apoiados, como nunca antes na história, pelo poderoso arsenal dos aparelhos produtores e difusores da ideologia dominante, responsáveis pelo totalitarismo do pensamento único, assente nos dogmas do neoliberalismo." (NUNES, António José Avelãs. A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização. p. 184).

6. Referências Bibliográficas

- BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1989.
- CASTILHO, Ricardo. Refundação do Direito Econômico sob a égide dos Direitos Humanos: o Capitalismo Humanista. In: CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Orgs.). Capitalismo Humanista e Direitos Humanos estudos em homenagem aos Professores Ricardo Sayeg e Wagner Balera. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
- CHANG, Ha-Joon. 23 coisas que não nos contaram sobre capitalismo. Tradução Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio.
 Poder Econômico e Gestão Orgânica, In: ______; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio (Orgs.). Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção. Barueri: Manole, 2009.
- FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias e outros textos (1930-1936). p. 54
- FRIEDMAN, Thomas L. O Mundo é Plano: uma breve história do século XXI. 2. ed. Tradução Cristiana Serra et al. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiese no Direito na Sociedade Pós-

- -Moderna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, Fortaleza, Universidade de Fortaleza, v. X, n. 4, dez. 2010.
- HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. História do Pensamento Econômico. Tradução Jaime Larry Benchimol. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1986.
- JUDT, Tony. Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945. Tradução José Roberto O'Shea. São Paulo: Objetiva, 2007.
- LUTTWAK, Edward. *Turbocapitalismo:* perdedores e ganhadores na economia globalizada. Tradução Maria Abramo Caldeira Brant e Gustavo Steinberg. São Paulo: Nova Alexandria, 2001.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. *Regular o Sobre-endividamento*. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MMLM2003.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.
- NUNES, António José Avelãs. *A crise atual do capitalismo:* capitalismo, liberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUSDEO. *Introdução ao Direito Econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, Milton. 1922: a redescoberta da natureza. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (USP), 1992.
- _____. As formas da pobreza e da dívida social. In: *Momento Nacional*

- (textos), Brasília, DF: Secretaria Nacional CNBB, 1999.
- SAYEG, Ricardo Hasson. Capitalismo Humanista diante da crise global, na visão de 2012. In: CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Orgs.). Capitalismo Humanista e Direitos Humanos estudos em homenagem aos Professores Ricardo Sayeg e Wagner Balera. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
 - ; BALERA, Wagner. *O Ca*pitalismo Humanista: filosofia humanista de Direito Econômico. Petrópolis: KBR, 2011.

- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SHETH, Jagdish; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce. *Comportamento do Cliente*: indo além do Comportamento do Consumidor. Tradução Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Atlas, 2001.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações:* investigação sobre sua natureza e suas causas. v. II. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas).



A TEORIA DOS JOGOS COOPERATIVOS APLICADA À EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA NACIONAL

Jonas Soares dos Santos Filho¹

1. Introdução

No âmbito da exploração da infraestrutura portuária nacional, tivemos, na década de 1990, a Lei nº 8.630, a chamada Lei de modernização dos portos — que representou um avanço considerável no desenvolvimento das atividades portuárias, como, por exemplo, a introdução, dentre outros, no âmbito da logística portuária, da instalação portuária de uso privativo² e, no âmbito do trabalho portuário, com a criação do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).3

Mas, com o decorrer do tempo, as formas de atuação, as necessidades específicas dessa determinada atividade econômica, dentre outros aspectos, se transformam, ou seja, não são mais conforme 20 anos atrás, ainda mais no contexto de uma prestação de serviços públicos por onde passam 95% do comércio internacional brasileiro. Assim, surgiu o novo marco regulatório dos portos brasileiros, a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.4

Mas, na análise das alterações oriundas desse novo marco regulatório, de antemão podemos dar vazão a uma dúvida: a nova lei será capaz de minimizar os problemas enfrentados pelo setor portuário? Tal resposta é muito complexa, dependendo das versões e pontos de vista do grupo a quem é dirigida.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 165-181 - UCAM (Rio de Janeiro)

Essa é, portanto, a questão chave deste estudo: como se realiza a interação entre a teoria dos jogos cooperativos e os atores econômicos envolvidos na atividade portuária, visando uma harmonização da multiplicidade de interesses divergentes entre governo, autoridade portuária, empresários, trabalhadores portuários, usuários, prestadores de serviço etc.?

O trabalho está estruturado a partir das presentes disposições introdutórias, breves apontamentos sobre a Teoria dos Jogos em si e, propriamente, sobre os atores econômicos que interagem nesse ordenamento jurídico brasileiro do novo marco legal dos portos e o arranjo institucional brasileiro na relação entre eles, além de uma breve conclusão, com metodologia da pesquisa baseada em pesquisa bibliográfica em diversos bancos de dados, tais como, por exemplo, bibliotecas, periódicos científicos com publicações voltadas para o tema e sites eletrônicos especializados.

Nesse sentido, o intuito do trabalho é, justamente, desenvolver conceitos e ideias – todos devidamente fundamentados na legislação em vigor e jurisprudência pátria – que contribuam para difundir esse tema junto à comunidade acadêmica brasileira e à sociedade em geral, tendo como escopo a questão da interação entre teoria dos jogos e os atores econômicos atuantes na exploração da infraestrutura nacional.

2. Breves apontamentos sobre a teoria dos jogos

No desenvolvimento normal das nossas atividades diárias, tanto na vida profissional quanto na vida pessoal, apresentam-se várias situações em que temos que adotar uma conduta decisória pessoal visando à escolha mais racional e eficiente. E, nesse sentido, essas decisões vão, invariavelmente, produzir consequências tanto para outras pessoas que interagem no mesmo campo de atuação quanto para suas próprias decisões posteriores.

Dessa maneira, podemos afirmar que a Teoria dos Jogos, por Ronald Hilbrecht (*apud* BERGAMIN E TABAK, 2013, p.6), é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência, entre os agentes. Portanto, pode-se entender a Teoria dos Jogos como a ciência do comportamento racional da pessoa usada para analisar as situações de inter-relação de agentes envolvidos em disputas que se buscam resultados cooperativos.⁵

Assim, a teoria dos jogos estuda processos que envolvem interações entre agentes que detêm poder decisório, moldando situações fáticas que podem advir dessas decisões – considerando o fato de os indivíduos e organizações tomarem suas decisões em uma situação de interação estratégica – ou seja,

uma situação estratégica é aquela em que os participantes, sejam indivíduos ou organizações, reconhecem a interdependência mútua de suas decisões.⁶

No desenvolvimento desse trabalho, considerando toda a dinâmica dos atores econômicos envolvidos na exploração da infraestrutura portuária, vamos analisar no âmbito do modelo matemático dos jogos cooperativos, onde admite-se que os jogadores ajustem entre eles uma escolha de estratégia. Assim, nos jogos participativos, os agentes individuais maximizam a sua utilidade e efetividade de seus ganhos trabalhando em conjunto (por exemplo, compartilhando alguma reivindicação ou algum custo) — mas, na verdade, eles continuam agentes independentes, cooperando apenas para obtenção de benefícios.

3. Dos agentes

Consideraremos Agentes as pessoas – físicas ou jurídicas – que atuam na exploração do setor econômico de infraestrutura portuária, tomando diariamente suas decisões e impactando, por conseguinte, nas decisões de outros agentes. Permitimo-nos utilizar as completas lições de Ronaldo Fiani:

"Um agente é qualquer indivíduo, ou grupo de indivíduos, com capacidade de decisão para afetar os demais: um indivíduo sozinho pode ser um agente, como no caso em que um empregado decide se vai ou não vai pedir um aumento a seu patrão; ou um grupo de indivíduos pode ser um agente, como no caso de um grupo de empregados que decidem fazer uma greve por melhores salários. Em ambos os casos, um agente é denominado, em teoria dos jogos, como jogador. Vale enfatizar que jogadores podem ser tanto indivíduos quanto organizações (empresas, governos, sindicatos, etc.)" (FIANI, 2006, p. 13).

3.1. Do poder público no porto

Inicialmente, urge destacar o que consta na nossa Carta Magna, em especial no art. 21:

Art. 21 – Compete à União:

[...]

XII – Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

f) Os portos marítimos, fluviais e lacustres

Logo, a questão da exploração da infraestrutura portuária nacional compete à União e, nesse sentido, as competências materiais ou administrativas serão exercidas de modo exclusivo pela União – excluindo a possibilidade do exercício de qualquer dos outros entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios), isto é, impossível a delegação para os outros entes federativos.⁷ Vejamos interessante jurisprudência nesse sentido:

"Competindo à União, e só a ela, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres, art. 21, XII, f, da CF, está caracterizada a natureza pública do serviço de docas. A Companhia Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista federal, incumbida de explorar o serviço portuário em regime de exclusividade, não pode ter bem desapropriado pelo Estado. Inexistência, no caso, de autorização legislativa." (RE 172.816, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 9-2-1994, DJ de 13-5-1994.) Vide: RE 253.472, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 25-8-2010, Plenário, DJE de 1º-2-2011. (grifo nosso)

Nesse sentido, temos o 1º jogador envolvido na exploração da infraestrutura nacional: o chamado "Poder Concedente". Por força do art. 21 da CRFB/88, a União, que tem seus poderes, dentre outros, elaborar o planejamento setorial, definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, das chamadas públicas e dos processos seletivos (inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios) e celebrar os contratos de concessão e arrendamento e expedir as autorizações de instalação portuária.8

Dentro do atual organograma estrutural do poder público, temos dois órgãos que se destacam: a Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Orgão integrante da Presidência da República,⁹ a SEP é responsável pela formulação de políticas e pela execução de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura dos portos marítimos. Compete, ainda, à SEP a participação no planejamento estratégico e a aprovação dos planos de outorgas.¹⁰ Nesse sentido, podemos admitir que a SEP tem a qualidade jurídica de representação do Poder Concedente, face suas competências legais, sendo o principal órgão governamental que atua na área.

A Antaq é uma agência reguladora federal, instituída pela Lei nº 10.233/2001 – sendo que a essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das

pessoas privadas que passam a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo poder concedente.¹¹

A Antaq tem, portanto, uma função principal dentro do sistema portuário nacional: fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, 12 bem como das atividades desenvolvidas pelas administrações de portos organizados, pelos operadores portuários e pelas arrendatárias ou autorizatárias de instalações portuárias. 13

Ressaltando o papel estabelecido para a SEP e para a Antaq, utilizamos como exemplo a questão da participação de foros internacionais. Cabe à Antaq participar de tais foros internacionais de *port infrastructure*, mas sob a coordenação do Poder Executivo¹⁴ – coordenação realizada pela SEP¹⁵ (que estabelece as diretrizes para a representação do Brasil nos organismos e em convenções internacionais).

Mas, em todo caso, no exercício das competências previstas no caput deste artigo, tanto a SEP¹⁶ quanto a Antaq¹⁷ observarão as prerrogativas específicas da autoridade marítima. E, no Brasil, a Autoridade Marítima¹⁸ é o Comandante da Marinha do Brasil.¹⁹ O âmbito de atuação da Marinha refere-se, basicamente, a assuntos que interessarem à defesa nacional, à segurança da navegação aquaviária e à salvaguarda da vida humana no mar. A Diretoria de Portos e Costas (DPC) emite as chamadas Normas da Autoridade Marítima (Normam), estabelecendo a regulação própria para os assuntos pertinentes de competência da Autoridade Marítima Brasileira. Hoje em dia, temos 31 Normam.²⁰

Face às suas atribuições legais de vigilância sanitária, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tem como responsabilidade garantir o controle sanitário de portos, bem como a proteção à saúde do viajante, dos meios de transporte e dos serviços submetidos à vigilância sanitária.²¹

A Anvisa, sob orientação técnica e normativa do Ministério da Saúde, ²² fiscaliza o cumprimento de normas sanitárias e a adoção de medidas preventivas e de controle de surtos, epidemias e agravos à saúde pública, além de controlar a importação, exportação e circulação de matérias-primas e mercadorias sujeitas à vigilância sanitária, de acordo com a legislação brasileira e o Regulamento Sanitário Internacional (além de outros atos subscritos pelo Brasil).

Por óbvio, as embarcações e instalações portuárias devem apresentar condições higiênico-sanitárias satisfatórias e, por conseguinte, sua atuação na área portuária tem como principal instrução normativa a Resolução RDC nº 72, de 30 de dezembro de 2009, que estabelece uma série de documentações a serem apresentadas para a autoridade sanitária, tais como, por exemplo, a Declaração Marítima de Saúde (documento contendo informações sobre a

identificação da embarcação, a viagem e a saúde dos viajantes a bordo de uma embarcação) e a Lista de viajantes (com respectivos locais e datas de embarque e desembarque). Ambos devem ser entregue à Anvisa para análise e concessão da autorização necessária para atracação e operação de uma embarcação em um porto nacional.

Bem como, também, a Anvisa, no âmbito de sua competência regulatória, outorga a Autorização de Funcionamento de Empresa (AFE) para produtos com a necessária prévia anuência da Agência Reguladora (farmacêuticos, cosméticos, medicamentos, saneantes e outros), aos terminais portuários.

Além disso, a entrada ou a saída de mercadorias procedentes do exterior (ou a ele destinadas) somente poderá efetuar-se em portos ou instalações portuárias alfandegadas –, sendo, tal atividade, de competência do Ministério da Fazenda, por intermédio das repartições aduaneiras da Secretaria da Receita Federal.

Nesse sentido, a Receita Federal pode, dentre outros quesitos relacionados com a arrecadação de tributos no âmbito da vigilância aduaneira, fiscalizar a entrada, a permanência, a movimentação e a saída de pessoas, veículos, unidades de carga e mercadorias (sem prejuízo das atribuições das outras autoridades no porto), proceder à apreensão de mercadoria em situação irregular, autorizar a remoção de mercadorias da área portuária para outros locais (alfandegados ou não). Inclusive, no exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira terá livre acesso a quaisquer dependências do porto ou instalação portuária, às embarcações atracadas ou não e aos locais onde se encontrem mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas.²³

O Departamento de Polícia Federal (DPF), ou simplesmente Polícia Federal (PF), é uma instituição policial brasileira, subordinada ao Ministério da Justiça, cuja função, de acordo com a Constituição de 1988, é exercer a segurança pública para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas, bem como dos bens e interesses da União, exercendo atividades de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, repressão ao tráfico de entorpecentes, contrabando e descaminho, e exercendo com exclusividade as funções de polícia judiciária da União.²⁴

O Núcleo Especial de Polícia Marítima (Nepom) foi criado em doze cidades brasileiras, como resposta à alta taxa de criminalidade nos portos brasileiros, bem como a necessidade de patrulhamento ostensivo para evitar a ocorrência de ilícitos penais nos rios da Amazônia e das fronteiras brasileiras – inclusive com o objetivo de inserir o país às normas do ISPS Code (International Ship and Port Facility Security Code). Além do patrulhamento rotineiro, é realizada a fiscalização do tráfego internacional nas dezenas de navios

que atracam e desatracam nos principais portos brasileiros. A ação dos agentes também é feita em torno dos clandestinos que vêm a bordo dos navios. Ou seja, a Polícia Federal atua nos portos brasileiros fiscalizando o tráfego internacional marítimo e fluvial.

Temos, ainda, a atuação do Ministério da Agricultura (Mapa), pois todo produto agropecuário que entra (importação) ou sai (exportação) precisa ser fiscalizado. Nesse sentido, disponibilizou-se, em abril de 2013, o Sistema de Informações Gerenciais do Trânsito Internacional de Produtos e Insumos Agropecuários (Sigvig), com a finalidade de gerenciar informações relativas à fiscalização das mercadorias de origem animal ou vegetal importadas e exportadas por meio dos portos. A Secretaria de Defesa Agropecuária é o setor do MAPA responsável pela atuação nos portos brasileiros.

Subsidiariamente, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) também pode participar dessa atuação nos portos nacionais, sempre que a licitação, a chamada pública ou o processo seletivo envolver instalações portuárias voltadas à movimentação de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis.²⁵

Por fim, com a finalidade de integrar as atividades desempenhadas pelos órgãos e entidades públicos nos portos e instalações portuárias, foi instituída por intermédio do Decreto nº 7.861, de 6 de dezembro de 2012, a Comissão Nacional das Autoridades nos Portos — Conaportos, tendo, dentre outros objetivos, o de promover, em conjunto com seus membros e respeitadas as competências de cada um deles, alterações, aperfeiçoamentos ou revisões de atos normativos, procedimentos e rotinas de trabalho que otimizem o fluxo de embarcações, bens, produtos e pessoas, e a ocupação dos espaços físicos nos portos organizados, para aumentar a qualidade, a segurança e a celeridade dos processos operacionais.²⁶

Tem como membros um representante da Secretaria de Portos da Presidência da República – sendo, inclusive, o órgão coordenador da Comissão²⁷, da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Justiça, do Ministério da Defesa (representado pelo Comando da Marinha), do Ministério da Fazenda, do Mapa, do Ministério da Saúde, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), e da Antaq.²⁸

Já há, inclusive, o Regimento Interno da Conaportos, aprovado pela Resolução PR – Conaportos nº 02, publicada no Diário Oficial da União em 30 de agosto de 2013, com previsão de reuniões ordinárias periódicas, no mínimo duas vezes ao ano, e, extraordinariamente, quando se fizer necessário, mediante convocação do seu Coordenador ou a pedido de qualquer membro.²⁹

3.2. Da administração e operação do porto

Em 1967, foi extinto o Ministério de Viação e Obras Públicas (MVOP) e criado o Ministério dos Transportes (MT), sendo criadas, no mesmo período, as primeiras unidades autônomas, sob a forma de Sociedades de Economia Mista – a Companhia Docas do Ceará e a Companhia Docas do Pará. Esse foi o estágio preparatório para a organização da atividade portuária em sistema, com a criação, em 1976, da Empresa de Portos do Brasil S/A, a Portobras. Com o passar do tempo e, em especial, com a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, houve uma gradativa reestruturação das Companhias Docas – direcionando suas estruturas para o exclusivo exercício do papel de autoridade portuária.³⁰

Com o novo regime jurídico estabelecido pela Lei nº 12.815/2013, as Companhias Docas³¹ continuam no papel de autoridade portuária, responsável pela administração do porto organizado – o que inclui, por exemplo, préqualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente, arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades, autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto (ouvidas as demais autoridades do porto) e autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto.³²

Mas, além disso, a atividade de administração do porto organizado também pode ser feita pela delegatária – por exemplo, o Porto de Paranaguá (delegado ao Estado do Paraná), o Porto de Itajaí (delegado ao Estado de Santa Catarina) ou o Porto do Forno (delegado ao Município de Arraial do Cabo, RJ) ou pela entidade concessionária do porto organizado (o Porto de Imbituba era, até dezembro de 2012, o único porto público do país administrado por uma empresa privada. Com o fim da concessão, a exploração comercial foi delegada ao Estado de Santa Catarina, por intermédio da empresa SC Par Porto de Imbituba S.A., subsidiária integral da holding estadual SC Participações e Parcerias S.A.³³

Na área do porto organizado temos, também, as arrendatárias das áreas públicas dentro do porto organizado, tais como, por exemplo, as empresas Sepetiba Tecon S/A (Porto de Itaguaí, RJ), a Libra Terminais S/A (Porto de Santos, SP) ou a Tecon Suape (Porto de Suape, PE) – representadas pela Abratec (Associação Brasileira de Terminais de Contêineres de Uso Público).

A Lei nº 8.630/93 introduziu na atividade portuária a figura do Operador Portuário, que rompeu o caráter monopolístico das Companhias Docas na prestação de serviços portuários e permitiu a formação de um ambiente

concorrencial no porto organizado – o que diminuiu os custos de operação portuária.³⁴

Podemos citar como exemplo a área do porto organizado de Itaguaí, onde as empresas Companhia Siderúrgica Nacional, o Sepetiba Tecon e a Companhia Portuária Baía de Sepetiba qualificaram-se e efetivamente atuam como Operadores Portuários.

Além disso, criou-se um único comando às atividades de capatazia e estiva, criando, assim, um único responsável pelas operações portuárias – respondendo perante a administração do porto, o proprietário/consignatário da carga, o órgão gestor de mão de obra etc.³⁵

No entanto, em todo caso, a operação portuária em instalações localizadas fora da área do porto organizado será disciplinada pelo titular da respectiva autorização, observadas as normas estabelecidas pelas autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima. Gitamos, como exemplo, a empresa Bric Brazilian Intermodal Complex S/A, cujas instalações portuárias estão estabelecidas fora da área do porto organizado, no bairro do Caju, Rio de Janeiro. Janeiro do Caju, Rio de Janeiro.

3.3. Dos usuários dos portos

Inicialmente, podemos destacar os chamados "Armadores" como usuários dos portos. Armador, pela Lei nº 9.432/97, é a pessoa física ou jurídica que, em seu nome ou sob sua responsabilidade, apresta a embarcação para sua exploração comercial. No Brasil, é obrigatório o registro no Tribunal Marítimo de armador de embarcação mercante sujeita a registro de propriedade, mesmo quando a atividade for exercida pelo proprietário.³⁸

Nesse sentido, as empresas de navegação marítima têm seu sindicato, o Sindicato Nacional das Empresas de Navegação Marítima, o Syndarma – que teve origem em 5 de outubro de 1934 com o nome de "Sindicato dos Armadores Nacionais" e em 1942 adotou o nome atual. Integram o Syndarma importantes empresas brasileiras de navegação, tais como, por exemplo, a Aliança Navegação e Logística S/A (ligada a empresa alemã Hamburg Sud), a Log-In Logística Intermodal S/A (ex-Docenave), o grupo empresarial Wilson, Sons, dentre outros empresas.

É interessante destacar os Agentes Marítimos, haja vista que os armadores, em geral, são sediados em um determinado país, e seus navios tocam portos em todos os continentes. Dessa forma, precisam credenciar representantes nos vários portos em que atuam. Tais representantes são denominados Agências de Navegação, sendo responsáveis pelo suprimento das necessidades materiais dos navios e pela intermediação comercial, angariando cargas para os mesmos.

Continuando, temos, ainda, como usuários, os exportadores (embarcadores) e importadores (consignatários), que são justamente as empresas que movimentam seus produtos pela via marítima, utilizando-se da infraestrutura portuária e do serviço de transporte das empresas de navegação.

A Associação Nacional dos Usuários do Transporte de Carga (Anut) – em que pese não ser única e exclusivamente voltada para o transporte marítimo – é uma importante associação brasileira dos empresários que utilizam, também, a via marítima para movimentação de suas cargas. São empresas como, por exemplo, a Votorantim S/A, a Brasken S/A, o grupo Bunge S/A, grupo Gerdau S/A, dentre outras empresas que atuam nos setores econômicos relacionados ao Aço, Metais Não Ferrosos, Cimento e Argamassas, Química e Petróleo, Madeira, Celulose e Papel, Grãos e Alimentos, Açúcar, Álcool e Bioenergia, Fertilizantes e Minerais.

Interessante citarmos, também, no âmbito empresarial, a Associação de Comércio Exterior do Brasil (AEB), que congrega e representa o segmento empresarial de exportação e importação de mercadorias e serviços e a Comissão Portos (Comportos), que congrega as organizações envolvidas com a atividade portuária. Fazem parte da Comportos, por exemplo, a Confederação Nacional do Comércio (CNC), a Confederação Nacional da Indústria (CNI), a Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan).

Temos, ainda, os atores portuários que podemos denominar de Usuários Indiretos, quais sejam, aqueles prestadores de serviços que trabalham para as empresas exportadoras e importadoras. São, por exemplo, os Despachantes Aduaneiros, transportadores rodoviários e empresas dos demais segmentos (Segurança, Limpeza etc.). Nesse sentido, podemos citar a Federação Nacional dos Despachantes Aduaneiros (Feaduaneiros) – que congrega os Sindicatos de Despachantes Aduaneiros espalhados pelo Brasil.

3.4. Dos trabalhadores do porto

A antiga Lei dos Portos (Lei nº 8.630/93) trouxe uma importante inovação no trabalho portuário – a criação do chamado Órgão Gestor de Mão de Obra (doravante OGMO) – porque não era possível o trabalho portuário com vínculo empregatício – salvo na capatazia,³⁹ onde os trabalhadores eram empregados das Companhias Docas.

A nova Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013), basicamente, manteve sua estrutura. Nos portos organizados, no que tange ao trabalho portuário de capatazia, estiva, 40 conferência de carga, 41 conserto de carga, 42 bloco 43 e vigilância de embarcações, 44 o trabalho portuário deverá será realizado por trabalhadores

portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.⁴⁵

Assim, compete ao OGMO administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso, mantendo, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso.⁴⁶

Além dos trabalhadores portuários, outros tipos de trabalhadores, avulsos ou não, atuam nos portos. A eles não se aplica a nova lei dos portos – o que significa que o OGMO não tem influência sobre a natureza de seu trabalho, ou seja, não tem, como no caso da capatazia e estiva, a intermediação obrigatória do OGMO – sendo considerados trabalhadores urbanos comuns. São, por exemplo, o Amarrador,⁴⁷ o Carregador de Bagagem,⁴⁸ o Prático,⁴⁹ Mergulhadores,⁵⁰ os Aquaviários⁵¹, os empregados dos arrendatários de instalação portuária e dos operadores portuários, os vistoriadores de carga,⁵² dentre outras atividades profissionais.

4. Exemplos hipotéticos de jogos cooperativos entre os jogadores que atuam na exploração da infraestrutura portuária

Dividimos o item anterior em quatro grandes grupos maximizados, os jogadores que atuam no setor portuário nacional, quais sejam: o Poder Público, a Administração e a Operação, os Usuários e os Trabalhadores. No âmbito da teoria dos jogos participativos — considerando que a cooperação entre os jogadores se dá para a obtenção de vantagens comuns — podemos ter uma gama infinita de jogos participativos onde, numa determinada situação fática um jogador coopera com outro e, numa outra situação fática, estes dois jogadores que cooperaram anteriormente estão, nessa nova situação fática, de lados opostos. Inclusive, durante o trâmite legislativo da aprovação da Medida Provisória nº 595 — que se transformou na nova Lei dos Portos (a Lei nº 12.815/2013) — foram apresentadas 645 emendas legislativas, das quais o relator acolheu 137.⁵³

Logo, podemos pensar em algumas situações hipotéticas que exemplificam como a Teoria dos Jogos Cooperativos pode ser entendida dentro da exploração do setor portuário nacional, tais como, por exemplo, os trabalhadores portuários sujeitos ao OGMO cooperando com os usuários indiretos para melhoria nas condições das instalações utilizadas por estes jogadores no porto (tais como banheiros, cantinas/restaurantes, salão de estar etc.).

Ou, num outro exemplo hipotético, dos Operadores Portuários com as Autoridades Portuárias, cooperando para obter junto ao Poder Público uma redução de determinado tributo ou a mudança nas regras regulatórias de fisca-

lização – notadamente da Antaq e Anvisa – que envolva os dois jogadores. Em contraponto, tais jogadores podem estar em lados opostos numa negociação com os armadores para pagamento da utilização de toda infraestrutura portuária (pagamento da acostagem, movimentação, armazenamento etc.).

Mais ainda, com os novos contratos de arrendamento de portos públicos, usuários e operadores podem estar de lados opostos tentando trazer o Poder Público – fazendo o chamado *lobby*, por exemplo – cada um para o seu lado. Senão, vejamos, num outro exemplo fundado em mera hipótese: numa determinada hinterlândia,⁵⁴ os usuários (armadores, supostamente), visando supostamente diminuir o poder monopolístico de um arrendatário, deseja a construção de um novo terminal portuário.

Mas o Operador portuário local pode vir a rebater tal argumentação, sob a égide de que se houver um novo terminal portuário, a operação de ambos será inviabilizada, considerando o porto como uma *essential facilities* (isto é, um monopólio natural). Considerando que a decisão final será do Poder Público – na figura da SEP, ambos tentam influir em sua decisão.

As empresas que fazem a operação portuária em si (grupo dos operadores portuários) podem cooperar com os despachantes aduaneiros (grupo dos usuários), visando a implementação de algum benefício por parte da administração do porto – tais como a diminuição da burocracia no trâmite de documentação ou uma melhor logística de entrega e recebimento de carga.

Portanto, várias são as formas e exemplo hipotéticos em que os agentes econômicos (para a Teoria dos Jogos, os Jogadores) atuam na exploração da infraestrutura portuária, cooperando entre si para maximizar seus benefícios – mas, na verdade, sem vinculação obrigatória, ou seja, buscando ganhos relacionados, apenas, a uma determinada situação hipotética.

5. Conclusão

Nesse sentido, o setor portuário nacional está sujeito a interação de diversos agentes econômicos, cada qual pensando em trazer maior ganho e efetividade às suas decisões e, por ter esse caráter de multiplicidade de atores, podemos afirmar que a ocorrência de jogos cooperativos entre os jogadores é frequente.

Além disso, o ordenamento jurídico/regulatório do país pode utilizar a teoria dos jogos como uma ferramenta auxiliar para o estabelecimento de normas jurídicas/regulatórias razoáveis, efetivas e justas. Vejamos, por exemplo, no caso específico do novo regime jurídico de exploração da infraestrutura portuária no Brasil, a exclusão da distinção entre carga própria e carga de terceiros: tal situação fática pode vir a trazer consequências lesivas ao mercado e

a concorrência, e, nesse diapasão, torna-se de fundamental importância a atuação, dentro de sua competência legal de regulação e fiscalização, da Agência Reguladora responsável pelo setor, qual seja, a Antaq.

Por que, conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho:

"Pode-se mesmo afirmar, sem receio de errar, que tais autarquias deverão ser fortes e atentas à área sob seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros" (CARVALHO FILHO, 2007, p. 422).

Certamente, considerando a importância do assunto para a economia nacional, torna-se fundamental que, cada vez mais, os variados aspectos pertinentes à interação entre os agentes econômicos que atuam na exploração da infraestrutura nacional sejam estudados e compreendidos, enfrentando os desafios do setor portuário.

Assim sendo, temos a expectativa de, com essas ligeiras linhas, estar contribuindo para trazer ao debate mais uma modesta visão sobre tão vasto e admirável assunto, que se configura de fundamental importância para o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

6. Notas

- ¹ Especialista em Regulação de Serviços Públicos pela Fundação Getulio Vargas. Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento na Universidade Candido Mendes (UCAM).
- ² Instalação portuária de uso privativo é a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação e/ou armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário. Para os terminais privativos ficou dispensada a intervenção do operador portuário (conforme a revogada Lei nº 8.630/93, em seu art. 8°, § 1º).
- ³ Conforme a revogada Lei nº 8.630/93, em seu art. 18.
- ⁴ Lei nº 12.815/2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nº 5.025, de 10 de junho de 1966; 10.233, de 5 de junho de 2001; 10.683, de 28 de maio de 2003; 9.719, de 27 de novembro de 1998; e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; e 11.610, de 12 de dezembro de 2007; e dispositivos das Leis nº 11.314, de 3 de julho de 2006; e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. (grifo nosso)
- ⁵ BERGAMIN, José Felício; TABAK, José Miranda. Situação Complicada?! Aplica-se a "teoria dos jogos". Anais do VI Congresso Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia, 2013.
- ⁶ FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006. p. 2-13.
- ⁷ SILVA, José Afonso. Curso de direito

- constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 476
- ⁸ Vide Lei nº 12.815/2013, em seu art. 16.
- ⁹ Vide Lei nº 10.863/2003.
- ¹⁰ Id., em seu art. 24-A.
- ¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 422.
- ¹² Vide Lei nº 10.233/2001, em seu art. 27, inciso XXII.
- ¹³ Id., em seu art. 51-A.
- ¹⁴ Id., em seu art. 27, § 1º, inciso II.
- ¹⁵ Vide Lei nº 10.683/2003, em seu art.
 24, § 2º, inciso IV.
- 16 Id., em seu art. 24, § 3º.
- ¹⁷ Vide Lei nº 10.233/2001, em seu art. 27, § 2º.
- ¹⁸ É o representante legal do país, responsável, dentre outras atribuições, pelo ordenamento e regulamentação das atividades da Marinha Mercante, cabendo a ela promover a implementação e a execução da Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (Lesta), com o propósito de assegurar a salvaguarda da vida humana, a segurança da navegação, no mar aberto e hidrovias interiores, e a prevenção da poluição ambiental por parte de embarcações, plataformas ou suas instalações de apoio (disponível em: www.mar.mil.br).
- ¹⁹ Vide Lei nº 9.537/97, em seu art. 39.
- ²⁰ Disponível em: <www.dpc.mar.mil.br/normam/tabela_normam.htm>.
- ²¹ Vide Lei nº 9.782/99, em seu art. 6º.
- ²² Id., em seu art. 7º, § 3º.

- ²³ Vide Lei nº 12.815/2013, em seu art. 23 e art. 24.
- ²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 144, § 1º.
- ²⁵ Vide Lei nº 12.815/2013, em seu art. 16, § 2°.
- 26 Vide Decreto nº 7.861/2012, em seu art. 3º.
- ²⁷ Inclusive observando o que consta do art. 22 da Lei nº 12.815/2013, *in verbis*: "a Secretaria de Portos da Presidência da República coordenará a atuação integrada dos órgãos e entidades públicos nos portos organizados e instalações portuárias, com a finalidade de garantir a eficiência e a qualidade de suas atividades, nos termos do regulamento".
- ²⁸ Vide Decreto nº 7.861/2012, em seu art. 2º.
- ²⁹ Vide Resolução PR-Conaportos nº 2/2013, de 26/8/2013, em seu art. 12.
- ³⁰ PAGNONCELLI, Marcos. *Setor Portuário*. Brasília: Secretaria Especial dos Portos, nov. 2009. p. 8.
- ³¹ Temos atualmente 7 Companhias Docas: Companhia Docas do Pará (CDP), Companhia Docas do Rio Grande do Norte (Codern), Companhia Docas do Estado da Bahia (Codeba), Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ) e Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp).
- ³² Vide Lei nº 12.815/2013, em seu art. 17.
- ³³ Id.
- ³⁴ PAGNONCELLI, Marcos. *Setor Portuário*. Brasília: Secretaria Especial dos Portos, nov. 2009. p. 20-21.
- ³⁵ Vide Lei nº 12.815/2013, em seu art. 26.

- ³⁶ Id., em seu art. 30.
- ³⁷ Vide Contrato de Adesão nº 6/2012
 Antaq, cujo extrato foi publicado no Diário Oficial da União em 26 de abril de 2012.
- ³⁸ Vide Lei nº 7.652/88, em seu art. 15.
- ³⁹ Capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário.
- ⁴⁰ Estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo.
- ⁴¹ Conferência de Carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações.
- ⁴² Conserto de Carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição.
- ⁴³ Bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos.

- ⁴⁴ Vigilância de Embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação.
- ⁴⁵ Vide Lei nº 12.815/2013, em seu art. 40.
- ⁴⁶ Id., em seu art. 32.
- ⁴⁷ Amarrador: trabalhador, avulso ou não, responsável pela amarração dos cabos da embarcação ao cais. Há portos em que empresas especializadas realizam esse serviço, em outros são cooperativas de trabalho.
- ⁴⁸ Carregador de Bagagem: trabalhador, avulso ou não, responsável pelo transporte de bagagens de passageiros, acompanhadas ou desacompanhadas, nos portos organizados. Em geral, entretanto, o carregador de bagagem é autônomo, pois presta serviços pessoais ao passageiro.
- ⁴⁹ Prático: profissional responsável pela condução em segurança da embarcação pelo canal de acesso até o cais.
- ⁵⁰ Mergulhadores: realização de manutenção na infraestrutura submersa.
- ⁵¹ Aquaviários: os tripulantes das embarcações marítimas.
- ⁵² Vistoriadores de Carga: contratados por companhias seguradoras ou inspetores de sociedade classificadora.
- ⁵³ RELATOR acolhe 137 emendas apresentadas à MP dos Portos. *G1 Economia*, Rio de Janeiro, 17 abr. 2013. Disponível em: http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/04/relator-acolhe-137-emendas-apresentadas-mp-dos-portos.html. Acesso em: 5 nov. 2013.

⁵⁴ Hinterlândia corresponde a uma área geográfica (que pode se tratar de um município ou um conjunto de municípios) servida por um porto e a ele conectada por uma rede de transportes, através da qual recebe e envia mercadorias ou passageiros (PAGNONCELLI, Marcos. Setor Portuário. Brasília: Secretaria Especial dos Portos, nov. 2009. p. 42).

7. Referências Bibliográficas

- BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao. htm>. Acesso em: 31 out. 2013.
 - . Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988. Dispõe sobre o registro da Propriedade Marítima e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7652. htm>. Acesso em: 1 nov. 2013.
 - _____. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências (Lei dos Portos) (revogada). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.
 - . Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transporte Terrestre, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.

br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10233. htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

Lei nº 10.863, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2011/Lei/L10863. htm>. Acesso em: 1 nov. 2013.

_. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966; 10.233, de 5 de junho de 2001; 10.683, de 28 de maio de 2003; 9.719, de 27 de novembro de 1998; e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nos 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; e 11.610, de 12 de dezembro de 2007; e dispositivos das Leis nos 11.314, de 3 de julho de 2006; e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov. br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/ Lei/L12815.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

. Resolução PR-Conaportos nº 2/2013, de 26/8/2013. Aprova o Regimento Interno da Comissão Nacional das Autoridades nos Portos (Conaportos), na forma do Anexo a esta Resolução. Disponível em: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/ INPDFViewer?jornal=2&pagina=29 &data=30/08/2013&captchafield=firistAccess>. Acesso em: 1 nov. 2013

BERGAMIN, José Felício; TABAK, José Miranda. Situação Complicada?! Aplica-se a "teoria dos jogos". Anais do VI Congresso Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos Jogos. 2. ed., Rio de Janeiro: Campus, 2006.

PAGNONCELLI, Marcos. *Setor Portuário.* Brasília: Secretaria Especial dos Portos, nov. 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.



O caso das rinhas de galo na Paraíba: o direito animal merece atenção

Marco Lunardi Escobar¹, José Otávio Aguiar²

1. Histórico do problema das rinhas

Em 1934 foi determinada, no Brasil, por meio do Decreto Federal nº 24.645/34, a punição para os atos de "realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécies diferentes, touradas e simulacro de touradas, ainda mesmo em lugar privado" (BRASIL, 1934). Até hoje esta proibição é mantida, por meio da Lei de Crimes Ambientais, aprovada 64 anos depois.

Ocorre que, mesmo diante das regras que visam à proteção ambiental, em várias cidades do Nordeste brasileiro persiste uma prática competitiva que preocupa. Trata-se da realização das brigas de galo na Paraíba, Rio Grande do Norte, Alagoas, Ceará, Piauí e outros estados. A promoção desses eventos com animais, seja de forma clandestina ou oficializada, por meio de liminares da justiça, é constantemente denunciada pelos órgãos ambientais e meios de comunicação.

Esta provocação de lutas entre galos envolve agressividade e crueldade que, quando não resulta em morte, acarreta a inutilização de partes do corpo, como olhos, pernas, asas, entre outros órgãos dessas aves (HIRATA, 2008).⁴

Na última década esta prática, também considerada esporte, passou a preocupar as autoridades e ambientalistas em todo o país. Isso porque sua realiza-

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 183-199 - UCAM (Rio de Janeiro)

ção pode constituir crime de crueldade contra os animais, previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/98, cuja pena vai de três meses a um ano de detenção, além do pagamento de multa. A pena sofre aumento se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998).⁵

Outros registros encontrados na Índia são do ano de 1400 a.C. Conforme Hirata (2008, p. 37), "a cultura ganhou força na Grécia antiga, por estimular o espírito de combate dos guerreiros". A partir daí, espalhou-se pela Europa e, depois, pelo mundo, por meio dos colonizadores no século XVII.

A prática chegou ao Brasil com os espanhóis, em 1530, e logo se difundiu pelo território. Desde os primórdios a rinha de galo era normalmente realizada no Brasil, e somente foi proibida em 1934 (LIMA, 2009).⁶

É necessário aqui analisar-se que esse tipo de relação homem-animal existente nessa época vem a confirmar os estudos de Keith Thomas (2010)⁷. Na avaliação do autor sobre as atitudes humanas em relação aos animais de 1500 a 1800, Thomas (2010, p. 24) descreve claramente:

Todo animal estava, pois, destinado a servir algum propósito humano, se não prático, pelo menos moral ou estético. Os animais selvagens necessariamente eram instrumento da ira divina, tendo sido deixados entre nós "a fim de serem nossos professores", refletia James Pilkington, bispo elisabetano; eles estimulavam a coragem do homem e propiciavam treinamento útil para a guerra.

Dessa forma, a explanação de Thomas (*op. cit.*) é que animais e vegetais já surgiram para servir ao homem, seja para utilizá-lo para o trabalho ou para a alimentação. Essa então era a base das relações que já se estabeleciam entre a sociedade e a natureza. Desde o surgimento do mundo e reiterada após o dilúvio por intermédio divino, havia a autoridade do homem sobre animais e plantas, teria a espécie humana lugar central e predominante no plano divino – fato que fundamenta a vida.

No governo Getúlio Vargas, a Lei das Contravenções Penais e a proibição de jogo de azar geraram a polêmica sobre a legalidade das rinhas. Mas prevaleceu a liberdade para a prática pelos 20 anos seguintes. Porém, em 1961, o Presidente Jânio Quadros editou o Decreto nº 50.620/61, proibindo expressamente a briga de galo. O governo federal, dessa forma, demonstrou que a Lei das Contravenções Penais não proibia especificamente esta prática de colocar os galos em briga, pois, se vedasse, não seria necessário editar um decreto presidencial para proibir expressamente as rinhas de galo.

Em 1962, o então Primeiro-Ministro brasileiro Tancredo Neves editou o Decreto nº 1.233/62, que revogou o anterior, o que permitiu novamente a

prática das rinhas. A partir de 1962, foram 36 anos sob uma concessão velada por parte do poder público para a prática das brigas. Em 1998, com o advento da Lei nº 9.605/98, revogaram-se as leis e decretos anteriores, que eram utilizados para coibir as rinhas de galo, pois tratavam de crimes ambientais e maus-tratos aos animais (BRASIL, 1998).

A partir da vigência da Lei de Crimes Ambientais e com a pressão de ONGs e movimentos ambientalistas, começaram as operações para coibir as lutas de galos realizadas de forma clandestina. Polícia Federal, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis, Ministério Público e demais órgãos constantemente realizam o fechamento das arenas, apreendem animais e materiais utilizados para as disputas.

A prática das lutas é normalmente acompanhada por cidadãos que realizam apostas. Assim, pode constituir também contravenção penal de jogo de azar, prevista no art. 50 da Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/41, com pena de prisão de três meses a um ano, multa e perda dos móveis do local (BRASIL, 1941). Atualmente os órgãos ambientais constantemente realizam o fechamento e apreensões em locais utilizados para rinha de galos pelo Nordeste brasileiro, inclusive em João Pessoa e várias cidades do interior da Paraíba.

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de normas – leis, decretos e portarias – que se referem à fauna nativa quando especificam a atividade da caça, regras de proteção dos animais e condições de criação. E a Constituição Federal, no art. 225, VII, trata, de um modo mais generalista, da flora e da fauna:

Art. 225 [...] VII – Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Assim, os animais domésticos existentes no país e também os animais silvestres, asselvajados ou ferais (descendentes de animais domésticos) estão entre os seres vivos que devem ser protegidos no Brasil contra os maus-tratos (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a atividade das brigas de galo confronta-se com o dispositivo constitucional, o qual proíbe que animais sejam submetidos a práticas cruéis. A determinação do art. 225 assegura à coletividade um meio ambiente ecologicamente equilibrado e incumbe ao Poder Público a tarefa de protegê-lo, de forma a que as gerações futuras também utilizem esses mesmos recursos. A fauna é, portanto, protegida nesse mesmo dispositivo, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem maus-tratos e/ou submetam os animais à crueldade.

A pressão das entidades ambientalistas e da opinião pública também recai sobre as autoridades, para que, através dos órgãos ambientais, garanta uma fiscalização eficiente. No entanto, há situações com as quais os gestores ambientais parecem não se preocupar. Esse detalhe está na manutenção da integridade da vida animal, incluindo também a proibição da crueldade contra os animais. Necessário, então, entender como o movimento ambientalista ajuda a garantir a proteção da fauna, o que será abordado no item a seguir.

2. O trabalho dos ambientalistas

O ambientalismo é uma movimentação global de massas que tem grande relevância nas discussões internacionais, tendência esta que o Brasil acompanha ao longo dos tempos. A partir da experiência internacional e brasileira, os autores caracterizam o movimento ambientalista em cinco momentos: protecionismo, conservacionismo, ecologia política, gestão articulada e gestão de sustentabilidade.

Para pesquisar a trajetória do movimento ambientalista utiliza-se, dentre outros conhecimentos, a história ambiental. Estudos nesta área necessitam analisar a inter-relação de fatores como a paisagem, a tecnologia, a economia, a organização social e política, as representações simbólicas, entre outras. Para Barbosa; Aguiar (2008), por meio da história é possível comparar-se aspectos ambientais em diferentes momentos para a avaliação de suas modificações pela ação humana, ou por elementos naturais independentes dela. Dessa forma, a história auxilia as ciências naturais.

As ideias ambientais são expressas ao longo da história do homem, principalmente pelos filósofos e teólogos, a exemplo de Francisco de Assis, considerado o santo ecológico. Segundo Herculano (1992, p. 9),8 remontam ao século XVI os primeiros questionamentos do homem sobre o meio ambiente, com as grandes navegações e a ampliação das fronteiras mundiais para novos continentes, contrapondo a cultura e a civilização europeia aos costumes e à relação com o meio ambiente dos habitantes do Novo Mundo.

A partir do século XVIII presenciou-se a revolução industrial e científica, estabeleceu-se mundialmente um divisor de águas entre a sociedade do desenvolvimento e a cultura peculiar em contraponto, dissonante ao meio ambiente. O surgimento de uma ideologia consumista nas linhas de produção capitalistas trouxe as primeiras reflexões quanto à atuação danosa do homem sobre o meio.

A trajetória dos movimentos ambientalistas é longa. A partir do início dos testes nucleares e das explosões das bombas atômicas sobre o povo japonês é

que se organizam os primeiros ambientalistas, chamados alternativos, procurando mostrar ao mundo a possibilidade de estar sob o comando do poder que poderia danificar o planeta.

Porém, o movimento ambiental surgiu gradualmente, sem uma origem bem definida, delimitada no tempo e no espaço, pois não houve um evento isolado ou um marco que se transformasse em movimento. Assim, a literatura aponta que não começou em um lugar específico, ocorreu em lugares e momentos diferentes, também por motivos diversos e por questões locais específicas. O ambientalismo, como qualquer outro movimento social, é dinâmico, como bem afirma Loureiro (2006, p. 18):9

[...] as formas associativas e as orientações políticas e ideológicas se diversificaram, em uma miríade que deve ser analisada como um todo dinâmico que se movimenta na história. Por esta razão, o que temos são ambientalismos diversos e conflitantes e não um ambientalismo monolítico e idealizado, dentro do qual todos os que se pretendem ambientalistas devem se enquadrar para que possam se legitimar como tal.

Segundo McCormick (1992),¹⁰ o início de um movimento mais amplo pôde ser percebido pela primeira vez no século XIX, quando nasceram os primeiros grupos protecionistas na Grã-Bretanha.

Para Héctor Leis (1995),¹¹ foi com o pós-Segunda Guerra que surgiram os primeiros sinais de uma preocupação pelo meio ambiente global, afirmando ser uma época de grandes otimismos políticos vinculados a ideias liberais, socialistas, democráticas e revolucionárias, um ambiente propício para uma verdadeira revolução ambiental, o que acabou gerando a emergência de um movimento global substancial.

Na virada da década de 1960 para 1970, continuava a variedade de movimentos sociais, em protesto contra as guerras, e pessoas preocupadas com os efeitos das explosões nucleares. O historiador Marco Lobato Martins (2007, p. 12)¹² bem descreve que, em 1971, "numa ação espetacular contra testes nucleares norte-americanos no Alasca, um pequeno grupo de militantes ecológicos lançou as bases do Greenpeace, uma das mais conhecidas ONGs ambientalistas".

A ação de oposição ao teste nuclear contou com os ambientalistas que chegaram de barco e ancoraram no local da experiência nuclear para impedir o teste nuclear. A medida teve repercussão internacional e teria levado o Departamento de Defesa dos Estados Unidos a fechar, em fevereiro de 1972, a área de ensaios atômicos no Alasca.

O Greenpeace, ao longo dos anos, realiza inúmeras ações e protestos contra a pesca de baleias, abate de focas, despejo de lixo atômico, entre outros. O grupo consolidou-se no mundo como uma das maiores organizações não governamentais na defesa do meio ambiente.

Desde o começo o grupo ambientalista adotou uma postura de ação direta não violenta, que consistia apenas em chamar a atenção da opinião pública. Para McCormick (1992) a chave da atividade desse grupo era sempre a publicidade de suas ações, muitas vezes gráficas e de forte efeito visual na imprensa de massa, com o objetivo de pressionar os governantes em favor da proteção da diversidade da vida em todas as suas formas.

Embora o ambientalismo não possua raízes definidas, hoje é considerado um movimento internacional, com representantes por todo o mundo, mostra de que se tornou uma ação organizada e consistente. Castells (2000, p. 141)¹³ avalia que "o movimento ambientalista do último quarto deste século conquistou posição de destaque no cenário da aventura humana".

No Brasil o ambientalismo surgiu após a ditadura militar. Ambientalistas brasileiros, que desde a década de 1970 lutavam para delimitar reservas florestais no país, subitamente começaram a ganhar apoio e atenção internacional.

Dean (1996)¹⁴ descreve que uma parte desta atenção foi canalizada para a já destruída Mata Atlântica, que foi reconhecida, juntamente com as florestas de Madagascar, como uma das mais ameaçadas do mundo. A partir desta década o movimento ambientalista brasileiro começou a se tornar um movimento mais político. Esse movimento criou um bloco ambientalista no Congresso e fundou o Partido Verde (PV).

A mobilização no Brasil ganhou estímulo quando as pressões de ambientalistas no Congresso Nacional fizeram com que a Constituição Federal de 1988 garantisse o direito do cidadão ao meio ambiente natural viável, e declaravam a Mata Atlântica parte do patrimônio nacional (DEAN, *op. cit.*).

As correntes do ambientalismo passaram a estar presentes em vários setores da economia mundial e se institucionalizaram na década de 1990, porém não conseguiram romper o setorialismo burocrático-mercantil, ainda que tenham feito avanços consideráveis com a noção de sustentabilidade em suas múltiplas dimensões (VIOLA, 1992).¹⁵

3. A necessidade de proteção da fauna

É necessário abordar algumas conceituações de autores de direito ambiental. Fiorillo (2009, p. 32)¹⁶ conceitua o meio ambiente como o âmbito de desenvolvimento de vidas, sejam elas do homem, animais ou vegetais, por seu

aglomerado formar um corpo social que precisa do convívio constante entre estes integrantes.

No ambiente são desenvolvidas diversas atividades criadas e voltadas exclusivamente para atender à demanda gerada pela vida do homem em sociedade. Os indivíduos desenvolvem um meio ambient e de forma que suas necessidades sejam prontamente atendidas. O ambiente, onde antes predominava aquilo que determinava a natureza, passou a ser alvo de mudanças em prol de um desenvolvimento social, conforme Fiorillo (*op. cit.*).

O Brasil é um dos países signatários da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que além de preservar o direito do animal contra a crueldade veda sua utilização como forma de diversão humana (Unesco, 1978). ¹⁷ Importante destacar o artigo da Declaração que claramente prevê a proibição deste emprego de animais em espetáculos:

Art. 10. Nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem. A exibição dos animais e os espetáculos que utilizam animais são incompatíveis com a dignidade do animal.

No Brasil, a fauna ainda é tutelada pelo Princípio da Precaução. A função é evitar riscos e a ocorrência de danos ambientais. É um dispositivo adotado por vários países com a finalidade de reconhecer-se a existência da possibilidade da ocorrência de danos e a necessidade de sua avaliação com base nos conhecimentos já disponíveis. Dessa forma, o princípio sugere "cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis" (MILARÉ, 2004, p. 144).¹⁸

Em 14 de junho 1992 na Conferência Rio 92, foi proposto formalmente o Princípio da Precaução. A definição foi com o seguinte texto (ONU, 92):

O Princípio da Precaução é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Este Princípio afirma que a ausência da certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever este dano.

No Brasil o Princípio da Precaução se coloca no sistema jurídico como uma das principais defesas do meio ambiente, "senão a mais importante, tendo por consequência lógica a tutela da fauna" (AYALA, 2005, p. 163).¹⁹

O Princípio da Precaução deve ser interpretado em um processo de sensibilização, como aponta Romeiro (1999, p. 20):

Sua atuação, por sua vez, tem sido extremamente importante também para o aprofundamento do processo de conscientização ecológica e de mudança de valores culturais que ele implica. Nesse sentido, estão sendo criadas as condições objetivas que vão permitir o surgimento de novas instituições capazes de impor restrições ambientais que atingem mais profundamente a racionalidade econômica atual.

Nesse sentido, qualquer medida de precaução em relação à fauna deve ser coordenada no sentido de tentar garantir a sua eficácia, sendo certo que tal coordenação deve se expressar pela conservação dos espaços de constatada incidência de espécies, bem como pela atuação de forma direta sobre elas e sobre seus habitats, por meio de áreas protegidas, de maneira interdependente (BORTOLOZI, 2011, p. 77).²⁰

Em nosso país, todos os animais, em qualquer que seja o *habitat*, constituem bens ambientais vivos, integrantes dos recursos ambientais compreendidos na natureza. Assim, fazem parte do meio ambiente, sem qualquer exceção, sem discriminação ou exclusão de espécies ou categorias, consequentemente, são protegidos sem discriminação pelo conjunto de normas ambientais.

Conforme Singer (2000)²¹ há três vezes mais animais domésticos neste planeta que seres humanos. Para o autor, a igualdade dos humanos para com as espécies é negada, porque "esta atitude reflete um preconceito popular contra a ideia de levar os interesses dos animais a sério" (SINGER, *op. cit.*, p. 286).

Cada um dos animais presentes em nosso planeta possui uma função própria. No entender de Bechara (200, p. 54):²²

Se a harmonia de um ecossistema repousa na interação de todas as espécies, cada qual cumprindo uma função ecológica própria, e se nenhuma espécie pode ser considerada inútil, é natural que a ausência de um elemento só que seja nesse ciclo natural deixará um vazio irreparável, pois dificilmente esse vácuo será preenchido pela espécie "vizinha", por mais que semelhante.

Para Fiorillo (2009), a função ecológica é elemento determinante para que caracterize a fauna como bem de natureza difusa. Significa que esta função ecológica das espécies animais pode ser cumprida na medida em que a fauna participa da manutenção e equilíbrio do ecossistema, sendo essencial a uma qualidade de vida sadia. Como já foi apontado, esta função ecológica da fauna é prevista na Constituição Federal, em seu art. 225, §1º, VII que veda qualquer atividade contra a fauna que coloque em risco sua função ecológica.

4. A decisão favorável às rinhas na Paraíba

Em 14 de outubro de 2009, a juíza da 5ª Vara da Fazenda de João Pessoa, Maria de Fátima Lúcia Ramalho, permitiu a rinha, por entender que se trata de um esporte milenar e que a legislação brasileira não traria proibição, conforme o texto da sentença judicial publicado no Diário da Justiça (PARAÍBA, 2009). A juíza de direito deferiu liminar para atender mandado de segurança preventivo impetrado pela Associação de Criadores e Expositores de Raças Combatentes.

A decisão também suspendeu as multas para quem fosse pego com galos de briga, que é de R\$2 mil mais R\$200 mil por cada animal envolvido. As pessoas flagradas com os animais ainda deixavam de ser enquadradas em crime ambiental, que prevê detenção de três meses a um ano (PARAÍBA, 2009).

A decisão judicial favorável aos realizadores e apostadores das rinhas de galo revoltou defensores da fauna brasileira, a exemplo da Associação Paraibana Amigos da Natureza. A entidade classificou a decisão como falta de humanidade, pois a briga de galo configura crime de maus-tratos a animais. A associação provocou o Ministério Público e o Ibama, a fim de que tomassem providências. Alguns locais para realização das rinhas foram desativados, e há uma constante preocupação dos órgãos.

No dia 4 de novembro de 2009, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis pronunciou-se, por meio de uma nota pública. O então superintendente do órgão federal na Paraíba considerou que a decisão determinou que a Superintendência de Administração do Meio Ambiente (Sudema) deve abster-se de proibir o livre exercício do esporte galismo (sic)".

O órgão declarou que a atuação de combate às rinhas de galo possui embasamento legal no Decreto-Lei nº 24.645/1934, que caracteriza a realização ou promoção de lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente como maus-tratos e que a Lei dos Crimes Ambientais no seu artigo 32 capitula os maus-tratos como infração ambiental. Ainda entende a superintendência do Ibama que esta prática inclusive é vedada pelo artigo 225 da Constituição Federal, dispositivo já exposto neste trabalho.

O texto da nota seguiu com mais contestações à decisão favorável às rinhas. Apontou que já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a inconstitucionalidade de leis estaduais que autorizam a prática de rinhas de galo. Ainda considerou que a justiça comum do estado da Paraíba não poderia interferir diretamente na atuação do Ibama, que é órgão federal cuja atuação só poderia ser julgada pela Justiça Federal. Para completar, informou que "a fiscalização ambiental pode ser realizada por entidades municipais, estaduais e

federais de modo supletivo". Significa que, na falta de fiscalização por parte de uma ou mais esferas, outro órgão ambiental pode atuar para evitar os danos/degradação ambiental.

Para o órgão federal de meio ambiente, a decisão em nada afetaria a posição de que era preciso manter os trabalhos de combate às rinhas. Ao final da nota pública o Ibama (2009) na Paraíba declarou:

[...]a liminar concedida pela Juíza de Direito Dra. Maria de Fátima Lúcia Ramalho não impõe nenhuma proibição às ações do Ibama, portanto continuará atuando para coibir a realização de rinhas de galo em todo o Estado da Paraíba, impondo multas e embargando e interditando áreas.

E o órgão federal manteve as operações. No mesmo mês, em 23 de novembro de 2009, o Ibama desmontou o campeonato nacional de rinha de galo que era realizado em João Pessoa. No site do órgão foi noticiada a operação que fechou a competição:

Figura: Notícia sobre operação no campeonato de rinha em João Pessoa

Ibama e Polícia Rodoviária Federal desmontam campeonato nacional de rinha de galo em João Pessoa João Pessoa (23/11/2009) - O Ibama, com apoio de agentes de fiscalização de Pernambuco e Campina Grande/PB, conjuntamente com a Polícia Rodoviária Federal (PRF) e a Polícia Florestal apreenderam 48 galos numa rinha no Bairro do Rangel, em João Pessoa, na noite deste sábado (21/11). Além dos animais, 23 maletas de viagem, adaptadas para o transporte de galináceos, foram apreendidas. Essas maletas continham selos de transporte aéreo, demonstrando que as aves foram transportadas do Rio de Janeiro para Recife de avião. A operação foi chamada de Gladiadores 2. Informações levantadas pelo serviço de investigação da PRF, através de filmagens no dia anterior, deram conta de que em João Pessoa acontecia o Campeonato Brasileiro de Galismo, com participação de "competidores" e apostadores dos Estados de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro e Distrito Federal, além receber argentinos e urugaios. As apostas mínimas eram de R\$ 300 e a entrada para assistir as lutas custava R\$ 30. A operação não efetuou prisões porque durante a abordagem não foi encontrado ninguém no recinto. De acordo com o Coordenador de Operações do Ibama/PB, não houve combate no dia da abordagem porque faltaram galos para a realização dos combates. Esta hipótese é bastante plausível, considerando que os galos apreendidos estavam extremamente machucados O local da abordagem é o mesmo onde foram presos os acusados da Operação Gladiadores em agosto do ano passado, que ainda estava embargado pelo Ibama. Mesmo interditado, o local estava todo reformado, com ar-condicionado e estrutura de luxo, contrariando o que determina o Decreto nº 6.514/2008, considerando que houve descumprimento de termo de embargo e a multa para essa infração pode variar entre R\$ 10 mil e R\$ 1 milhão. Fonte: site do Ibama

Fonte: site do Ibama

Como a liminar não interferiu nas ações do Ibama, a Superintendência do Ibama na Paraíba garantiu que continuaria fiscalizando esta prática criminosa. Superintendente do Ibama na Paraíba à época, Ronilson José da Paz, informou que desde 1934 as rinhas de galos são consideradas maus-tratos, sendo, portanto, consideradas infração ambiental.

Já o órgão estadual, a Superintendência de Administração do Meio Ambiente do Estado da Paraíba, apelou da sentença, apenas para informar que não é competente para fazer esse tipo de fiscalização e autuação.

Ao final, a prática das brigas de galo foi finalmente proibida na Paraíba pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. No dia 1º de setembro de 2011, a sentença foi reformada em votação por unanimidade na instância superior do judiciário estadual (PARAÍBA, 2011). A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça decidiu pela proibição da prática das brigas de galo na Paraíba, cabendo à Superintendência de Administração do Meio Ambiente (Sudema) a fiscalização das possíveis práticas de maus-tratos. O relator da Remessa Oficial e Apelação Cível nº 200.2009.038758-6/002 foi o juiz convocado Marcos William Oliveira.

A decisão colegiada do Tribunal paraibano reformou a sentença da 5ª Vara da Fazenda Pública de João Pessoa, que havia concedido a segurança, reconhecendo o direito da Associação dos Criadores e Expositores de Raças Combatentes do Estado da Paraíba, para continuar a praticar o esporte Galismo, popularmente conhecido como "rinha de galo". Determinou-se, ainda, que a Sudema se abstivesse de proibir o livre exercício do "esporte", e de aplicar multas, além suspender a eficácia de qualquer multa já aplicada, decorrente de fiscalização.

Ficou claro então, que o órgão decidiu que a fiscalização das possíveis práticas de maus-tratos fica a cargo do órgão estadual, a Superintendência de Administração do Meio Ambiente – Sudema .

Segundo o relator, juiz Marcos William, a rinha é proibida por lei. "O denominado 'evento esportivo', nada mais é que um acontecimento de extrema crueldade contra as aves concorrentes". O magistrado citou, também, o parecer ministerial que destacou "ainda que os denominados galistas entendam a prática como esporte, a briga de galo, sob todos os ângulos, se constitui em ato de crueldade para com os animais, isto porque os galos, quando levados à rinha, brigam até que um deles caia prostrado ao chão e mortalmente ferido", segundo o texto do acórdão publicado no Diário da Justiça da Paraíba no último dia 2 de setembro (PARAÍBA, 2011).

Dessa forma, fica claro o entendimento de que a fauna, por englobar o meio ambiente físico, jamais pode ficar em segundo plano, de maneira a preservar-se uma tradição como a rinha de galos. Não pode-se permitir uma prática cultural, de maneira a possibilitar eventos que realizam maus-tratos a animais. Necessário, então, entender o que inclui o meio ambiente cultural.

5. O que é o meio ambiente cultural?

As diversas manifestações, festividades, eventos de diferentes cunhos e outras formas de expressão popular estão inseridos no que os autores de direito ambiental chamam de meio ambiente cultural. Ao tratar dos elementos do meio ambiente cultural, é importante vislumbrar as contribuições que a história ambiental trazem para entender-se que tratam-se de aspectos da cultura, costumes e manifestações populares. Para os autores que atuam neste ramo de estudos, a história ambiental trata da importância e da posição que a natureza ocupa em nossas vidas. Para Worster (1991),²³ estes estudos surgem a partir de um objetivo moral, tendo também fortes compromissos políticos. A História Ambiental tem por objetivo "[...] aprofundar o nosso entendimento de como os seres humanos foram, através dos tempos, afetados pelo seu ambiente natural e, inversamente, como eles afetaram esse ambiente e com que resultados" (WORTER, 1991, p. 199).

Os estudos nesse sentido resultam de uma proposta inovadora de alguns historiadores que pretendem combinar a história natural com a história social, ou seja, colocar a sociedade na natureza, o que implica em "atribuir aos componentes naturais 'objetivos' a capacidade de condicionar significativamente a sociedade e a cultura humanas" (DRUMMOND, 1991, p. 180).²⁴

Nessa perspectiva, o ambiente é composto não só de elementos físicos, mas também de aspectos culturais, protegidos pela legislação. O meio ambiente cultural é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial em regra, como obra do homem, difere do anterior, que também é cultural, pelo sentido de valor especial (SIL-VA, 2001).

Nesse contexto, o bem cultural revela a história de um povo, sua cultura, hábitos, doenças, enfim, a sua identidade, nessa inseridos tanto os valores materiais como imateriais. Protegê-lo significa assegurar essa identidade e garantir a cidadania e dignidade humana, que são também bens culturais.

Para Silva (2001),²⁵ o bem cultural é um valor que adquiriu ou de que se impregnou tal e qual o meio ambiente artificial. O cultural também é fruto de obras humanas, mas, embora criados pela mesma fonte, estes são diferentes daqueles, na medida em que se apoderam de valores maiores, superiores.

O bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de uma população, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de cidadania, que é um princípio norteador de nossa república.

Qualquer povo possui um patrimônio cultural, que se constitui seu meio ambiente cultural, um conceito definido na Constituição Federal. O artigo

216 faz "referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão". O texto constitucional ainda se refere aos modos de criar, fazer e viver; às criações científicas, artísticas e tecnológicas; às obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e aos conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988)

Para Fiorillo (2009, p. 334), "as religiões e a língua de nosso país (dos habitantes do meio urbano e indígena), o desporto e o lazer também são incluídos no meio ambiente cultural". O autor de Direito Ambiental acrescenta que se busca a proteção e garantia da sadia qualidade de vida.

Desta necessidade de proteção ao meio ambiente cultural, infere-se o apoio e incentivo à valorização e difusão das manifestações culturais, entretanto, parte delas têm significado a submissão de animais à crueldade. No Brasil, a fauna está presente em diversos aspectos culturais, como por exemplo, na prática sulista da "farra do boi", sacrifício de animais em algumas religiões como o candomblé, os rodeios nas cidades interioranas, dentre muitos outros tipos de eventos que utilizam animais (FIORILLO, 2009). Porém, o autor não chega a classificar como abusivas as práticas que utilizam animais para a diversão humana, o que deveria ser tratado na obra de Direito Ambiental de Fiorillo. Ainda para este autor, é necessário que a espécie de animal esteja em extinção para que a prática seja considerada crime.

O problema é que por muitas vezes esta função cultural entra em conflito com a vedação de práticas cruéis com a fauna, que também se trata de proteção constitucional. No caso das brigas de galo, tem-se um confronto claro entre o meio ambiente natural e meio ambiente cultural, no qual não importa se o animal sacrificado está em extinção, devendo toda a fauna ser protegida, uma vez que a coletividade e o poder público devem se preocupar com a totalidade do meio ambiente.

6. Conclusão

Pelo apresentado, percebe-se que no Brasil tanto as disputas de galo como eventos a exemplo da farra do boi, os rodeios e vaquejadas ainda realizados são interpretados como manifestações culturais. E esta classificação pode colocar em risco, entre outros, a espécie de galo utilizada para as brigas. Atribuir estas práticas como integrante do "meio ambiente cultural" claramente representa argumento para a continuidade dos eventos que permitem/provocam as lesões, mutilações e até a morte destas aves ditas combatentes.

Observa-se que, mesmo em face da legislação que protege a fauna, as atuais normas e doutrina do direito ambiental podem ser permissivas, pois geram interpretações da justiça favoráveis às rinhas de galo. Os preceitos legais e constitucionais entram em conflito quando se trata de meio ambiente natural e meio ambiente cultural. Como se constata, a prática das rinhas traz a identificação de valores da região ou população, no caso, do Estado da Paraíba. Apesar das rinhas constituírem uma manifestação cultural – tutelada também pelo Direito Ambiental – a referida atividade se confronta com o dispositivo constitucional previsto no art. 225, § 1º, VII, o qual proíbe que animais sejam submetidos a práticas cruéis (BRASIL, 1988).

No caso das rinhas, tem-se claro que é irrelevante se o animal sacrificado está ou não em extinção, pois é dever do poder público que toda a fauna seja protegida, uma vez que o direito ambiental se preocupou com a totalidade do ambiente. Ora, o fato de se retirar um animal de seu habitat – no caso dos galos são criados em cativeiro e levados para uma arena de lutas – já se pode considerar uma situação que provoca o estresse das aves. Portanto, os maustratos sempre estarão presentes, até porque os animais são estimulados para o combate.

Qualquer controvérsia acerca da permissão ou não das rinhas de galo pode ser dirimida com base na lei maior, que claramente as proíbe. A determinação do artigo 225 da Constituição assegura à coletividade um meio ambiente ecologicamente equilibrado e incumbe ao Poder Público a tarefa de protegê-lo, de forma que as gerações futuras também utilizem esses mesmos recursos. A fauna é, portanto, protegida nesse mesmo dispositivo, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem maustratos e/ou submetam os animais à crueldade.

Ainda acerca da proteção animal, percebe-se que ocorre no Brasil um fenômeno no mínimo curioso: a partir do surgimento de importante aparato legal protetor dos animais, verifica-se um processo tardio de conscientização social sobre os direitos da fauna. Trata-se da típica situação em que a lei tenta modificar costumes e comportamentos já enraizados pela população.

7. Notas

- ¹ Mestre em Ambiente e Desenvolvimento Regional pela UFMT. Professor da UNP e UERN.
- ² Pós-Doutor em História, Relações de Poder, Sociedade e Ambiente pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de História da Universidade Federal de Campina Grande-PB.
- ³ Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Dispõe sobre penas para maus-tratos aos animais.
- ⁴ HIRATA, Giselle. Como é realizada uma briga de galo? Revista Mundo Estranho, 10. ed. São Paulo: Abril, 2008.
- ⁵ Lei nº 9.605, 1998. Lei de Crimes Ambientais. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ⁶ LIMA, Racil. Direito Dos Animais. Aspectos Históricos, Éticos e Jurídicos. Associação Nacional dos Analistas do Poder Judiciário e do Ministério Público da União.
- ⁷ THOMAS, Keith. *O homem e o mundo natural.* São Paulo: Cia das Letras, 2010.
- ⁸ HERCULANO, Selene Carvalho: Do desenvolvimento (in) suportável à sociedade feliz. In: GOLDENBERG, Mirian (Coord.). *Ecologia, Ciência e Política*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- ⁹ LOUREIRO, C. F. B. *O movimento Ambientalista e o pensamento crítico:* uma abordagem política. 2. ed. Rio de Janeiro: Quartet, 2006.
- ¹⁰ McCORMICK, J. Rumo ao Paraíso: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.
- ¹¹ LEIS, H. R. Ambientalismo: Um Projeto Realista-utópico para a Política Mundial. In: VIOLA, E. J. *et al. Meio Ambien-*

- te, Desenvolvimento e Cidadania: desafio para as Ciências Sociais. São Paulo: Cortez; Florianópolis: UFSC, 1995.
- ¹² MARTINS, Marcos Lobato. *História e Meio Ambiente*. São Paulo: Faculdades Pedro Leopoldo, 2007.
- ¹³ CASTELLS, Manuel. O "verdejar" do ser: o movimento ambientalista. In: CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. v. II. A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- ¹⁴ DEAN, W. A ferro e fogo: história e devastação da Mata Atlântica brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- ¹⁵ VIOLA, E. O movimento ambientalista no Brasil (1971-1991): da denúncia e conscientização pública para a institucionalização e o desenvolvimento sustentável. In: GOLDENBERG, M. (Org.). Ecologia, ciência e política. Rio de Janeiro, 1992.
- ¹⁶ FIORILLO, Celso A. Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiya, 2009.
- ¹⁷ ONU. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*. Proclamada em Assembleia da Unesco em Bruxelas, Bélgica, no dia 27 de janeiro de 1978.
- ¹⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ¹⁹ AYALA, Patryck de Araújo. O Princípio da Precaução e a Proteção Jurídica da Fauna na Constituição Brasileira. *Revista do Direito Ambiental*, v. 39, ano 10, jul./set. 2005.
- ²⁰ BORTOLOZI, Emerson. A Tutela da Fauna Silvestre como Efetivação do Direito Fundamental ao Meio Ambiente. Dissertação (Mestrado) – Unifieo.

- ²¹ SINGER, Peter. Ética Prática. Lisboa: Gradiva, 2000.
- ²² BECHARA, Érika. *A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- ²³ WORSTER, Donald. Para fazer história ambiental. *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, 1991.
- ²⁴ DRUMMOND, José A. A história ambiental: temas, fontes e linhas de pesquisa. *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, 1991.
- ²⁵ SILVA, J. A. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.

8. Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, F. O bom negócio da sustentabilidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
- AYALA, Patryck de Araújo. O Princípio da Precaução e a Proteção Jurídica da Fauna na Constituição Brasileira. *Revista do Direito Ambiental*, v. 39, ano 10, jul./set. 2005.
- BARBOSA, Erivaldo Moreira; AGUIAR, José Otávio. História, Direito e Meio Ambiente: diálogos possíveis. *Revista Direito e Liberdade*, Mossoró, RN, Esmarn, v. 8, n. 1, p. 87-116, jan./ dez. 2008.
- BECHARA, Érika. *A Proteção da Fauna* sob a Ótica Constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- BORTOLOZI, Emerson. A Tutela da Fauna Silvestre como Efetivação do Direito Fundamental ao Meio Ambiente.

 Dissertação (Mestrado) Unifieo-Centro. Disponível em: <www.unifieo.br/files/download/site/mestrado-direito/bibliotecadigital/dissertaco-

- es2011/EMERSON_BORTOLOZI. pdf>. Acesso em: mai. 2012.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2008.
- _____. *Lei nº 9.605*, 1998. Lei de Crimes Ambientais. São Paulo: Saraiva, 2003.
- . Decreto nº 50.620. Decreto que proíbe brigas de galos ou quaisquer outras lutas entre animais. Disponível em: <www6.senado.gov.br/sicon>. Acesso em: jun. 2011.
- _____. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em: jun. 2011.
- DEAN, W. A ferro e fogo: história e devastação da Mata Atlântica brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- DRUMMOND, José A. A história ambiental: temas, fontes e linhas de pesquisa. *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, 1991.
- FIORILLO, Celso A. Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HERCULANO, Selene Carvalho: Do desenvolvimento (in) suportável à sociedade feliz. In: GOLDENBERG, Mirian (Coord.). *Ecologia, Ciência e Política*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- HIRATA, Giselle. Como é realizada uma briga de galo? *Revista Mundo Estranho*, 10. ed. São Paulo: Abril, 2008.

- LEIS, H. R. Ambientalismo: Um Projeto Realista-utópico para a Política Mundial. In: VIOLA, E. J. et al. Meio Ambiente, Desenvolvimento e Cidadania: desafio para as Ciências Sociais. São Paulo: Cortez; Florianópolis: UFSC, 1995.
- LIMA, Racil. Direito dos Animais. Aspectos Históricos, Éticos e Jurídicos. Associação Nacional dos Analistas do Poder Judiciário e do Ministério Público da União. Disponível em: . Acesso em: maio 2012.
- LOUREIRO, C. F. B. *O movimento Ambientalista e o pensamento crítico:* uma abordagem política. 2. ed. Rio de Janeiro: Quartet, 2006.
- MARTINS, Marcos Lobato. *História e Meio Ambiente*. São Paulo: Faculdades Pedro Leopoldo, 2007.
- McCORMICK, J. *Rumo ao Paraiso*: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ONU, Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Proclamada em Assembleia da Unesco em Bruxelas, Bélgica, no dia 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <www.propq.ufscar.br/comissoes-de-etica/comissao-de-etica-na-experimentacao-animal/direitos>. Acesso em: mai. 2012.

- PARAÍBA. *Diário da Justiça*, João Pessoa, PB: Poder Judiciário, 6 ago. 2009. p. 17.
- _____. *Diário da Justiça*, João Pessoa, PB: Poder Judiciário, 2 set. 2011, seção 1. p. 29.
- ROMEIRO, Ademar R. *Desenvolvimento* Sustentável e Mudança Institucional: notas preliminares. Texto para discussão. n. 68. Campinas: IE/Unicamp, 1999.
- SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2001.
- SINGER, Peter. Ética Prática. Lisboa: Gradiva, 2000.
- THOMAS, Keith. O homem e o mundo natural. São Paulo: Cia das Letras, 2010.
- VIOLA, E. O movimento ambientalista no Brasil (1971-1991): da denúncia e conscientização pública para a institucionalização e o desenvolvimento sustentável. In: GOLDENBERG, M. (Org.). Ecologia, ciência e política. Rio de Janeiro, 1992.
- WORSTER, Donald. Para fazer história ambiental. *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, 1991.



A APLICABILIDADE DE UM MODELO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: O EXEMPLO DA PETROBRAS

Jullyana Costa Pereira dos Anjos¹

1. Introdução

Em um mundo globalizado, inovador e extremamente competitivo, surgem as sociedades de economia mista, as quais não possuem somente a função de instrumento de intervenção na produção, mas, principalmente, um instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico de forma a possibilitar a entrada de investimentos estrangeiros, através da associação de capital público e privado para exploração de uma atividade econômica.

Com o passar dos anos, o país percebeu a necessidade de desenvolver-se para dar suporte aos crescentes investimentos. Esse desenvolvimento fundou-se em estratégias competitivas visando o adequado atendimento da produção e, através da criação das sociedades de economia mista, se pode verificar que sua função ultrapassa o simples desempenho de atividade econômica desenvolvida pelos entes privados, visando, além disso, o bem da sociedade e do Estado, na forma do artigo 173 da Constituição.

Os artigos 37, XIX e 173, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal regulam a criação e o funcionamento da sociedade de economia mista, concedendo à mesma um regime próprio, diferenciado das sociedades anônimas controladas por pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Dispõem, ainda, que a lei estabelecerá o regime jurídico dessas sociedades, ressaltando algumas diretrizes reguladoras, como a exigência de processo licitatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações.

A licitação é um procedimento administrativo realizado pela Administração Pública com a finalidade de seleção da proposta mais vantajosa para celebração de contrato de seu interesse, atuando como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

O problema de pesquisa acerca da aplicabilidade de um modelo licitatório simplificado para as sociedades de economia mista, proposto neste artigo, envolve a correlação de como aliar um instituto extremamente formal, que é a licitação, a essas espécies de sociedade de índole comercial, que estão frente ao mercado para concorrer, necessitando, portanto, de celeridade em um processo que se mostra um tanto quanto burocrático.

A importância do trabalho proposto tange, principalmente, à elucidação do tema aos administradores públicos a fim de que se estude a possibilidade de implementação de um procedimento licitatório mais simples e célere na Administração Pública, resguardando sua confiabilidade e licitude.

Nesse sentido, deve-se analisar a situação sob outra ótica: obrigar as sociedades de economia mista a realizar um procedimento licitatório extremamente burocrático não estaria sendo desleal, já que elas competem em "igualdade" com as empresas privadas?

O objetivo geral do presente artigo versa acerca do estreitamento da relação público-privada, tendo em vista a necessidade de as sociedades de economia mista competirem no mercado com empresas privadas.

Como objetivos específicos apresentam-se defender a aplicação do modelo licitatório utilizado pela Petrobras, sugerir a implementação de um procedimento licitatório alternativo às sociedades de economia mista, assim como simplificar um dos processos mais burocráticos da administração pública, a licitação.

Uma forma "mais simples" de se licitar envolve inúmeras discussões, como a constitucionalidade de lei que regule tal situação, a exemplo do que ocorre hoje com a Petrobras (sociedade de economia mista atuante no mercado petrolífero que se utiliza de um Regulamento Licitatório Simplificado), a garantia de que os princípios constitucionais sejam resguardados, já que toda licita-

ção está sujeita a determinados princípios irrelegáveis no seu procedimento e o estreitamento da relação público-privada.

A Carta Magna determina que as sociedades de economia mista sejam submetidas ao regime próprio das empresas privadas, não sendo concedidos privilégios quanto a direitos e obrigações civis, trabalhistas, comerciais e tributários, não havendo tratamento diferenciado, a fim de não gerar instabilidade no mercado e concorrência desleal.

A escolha do tema deve-se principalmente à questão exposta, como também ao fato de que hoje há um exemplo concreto de que a utilização de um modelo de licitação alternativo tem contribuído para os resultados de uma das maiores empresas do país, a Petrobras.

A organização pesquisada, Petrobras, é uma sociedade anônima de capital aberto que tem como acionista majoritário a União. A Companhia atua nos setores de exploração e produção, refino, comercialização e transporte de óleo e gás natural, petroquímica, distribuição de derivados, energia elétrica, biocombustíveis e outras fontes renováveis de energia.

Nesse contexto, a empresa estudada tem o desafio de cumprir todos os requisitos de um procedimento licitatório, atendendo as regras constitucionais impostas e, simultaneamente firmar-se no mercado internacional, competindo com empresas privadas.

Neste artigo, serão expostas as principais características das sociedades de economia mista, com todas as suas peculiaridades, com enfoque na competitividade perante o mercado, defendendo-se a utilização, por parte dessas empresas, de um modelo licitatório simplificado, sendo evocados os princípios constitucionais que regem esse instituto, correlacionando, principalmente, a legalidade *versus* a eficiência.

Por último, será demonstrado o exemplo da Petrobras, estudo de caso utilizado como metodologia para compor este trabalho, sendo discutida a constitucionalidade do Procedimento do Regulamento Licitatório Simplificado, instituído pelo Decreto nº 2.745/98, assim como expondo como acontecem hoje os processos licitatórios nessa Companhia, de forma que seja feito um comparativo entre a Lei de Licitações (8.666/93) e o Regulamento Licitatório Simplificado da Petrobras (Decreto nº 2.745/98).

2. Referencial teórico

2.1. A licitação

A licitação foi instituída no Brasil pelo Decreto nº 2.926/62. Todavia, durante muitos anos foram criadas diversas leis, individualmente, até que com o

advento do Decreto-Lei nº 200/67 ocorreu a unificação dessas normas. Logo após, foi implementado o Decreto-Lei nº 2.300/86 e a Constituição Federal.

A partir da Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações) houve uma consolidação das normas aplicáveis aos procedimentos licitatórios da Administração Pública, tornando o processo ainda mais burocrático.

O renomado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2014) conceitua a licitação como sendo um procedimento administrativo em que os entes da Administração Pública selecionam a melhor proposta dentre as oferecidas pelos interessados a fim de celebrar um contrato e, ainda, explica que a natureza jurídica desse instituto é a de procedimento administrativo vinculado, porque constitui um conjunto de documentos e atuações que servem de fundamento a uma decisão administrativa, ou seja, é imprescindível o processo formal de escolha.

Já Hely Lopes Meireles (2010) define a licitação como um procedimento administrativo de prática generalizada nos Estados modernos, que cada vez mais aprimoram sua realização, visando propiciar ao Poder Público as melhores condições para os seus contratos. O autor ressalta, ainda, que essa preocupação vem desde os Estados medievais e que, na verdade, a licitação é uma sucessão ordenada de atos que se desencadeiam para o público.

Sendo assim, não seria razoável a lei deixar a exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas com as quais se iriam contratar, já que se estaria dando margem a escolhas impróprias. Dessa forma, a licitação surge com o objetivo de minimizar esses riscos.

2.2. Abordagem constitucional

A base mais genérica da obrigatoriedade de licitação está no artigo 37, XXI da Constituição Federal.

A Carta Magna estabelece que a Administração Pública não pode abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos (salvo exceções previstas em lei), uma vez que o referido dispositivo legal enuncia o princípio da obrigatoriedade da licitação.

Relaciona-se, ainda, ao tema, mesmo que de forma indireta, o caput do artigo 37 da Constituição, o qual averba os princípios da moralidade e da publicidade, e o artigo 71, incisos II e VI, que se refere ao controle externo dos administradores incumbidos da gestão de recursos financeiros públicos.

As regras contidas na Lei nº 8.666/93 são resultados de evolução histórica e contém regras e princípios derivados de leis anteriores, amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e com base nas necessidades contemporâneas.

Inúmeras considerações vêm sendo desenvolvidas acerca da interpretação dessa lei a fim de que os princípios jurídicos fundamentais sejam efetivamente realizados. Tem ocorrido não somente as mudanças introduzidas no texto original da lei, mas principalmente a atual jurisprudência e a postura dos Tribunais de Contas.

O doutrinador Marçal Justen Filho (2012) prevê forte tendência à alteração do modelo da Lei nº 8.666/93. O autor relata ser previsível que, em um futuro não muito distante, o procedimento licitatório siga disciplina muito diversa daquela prevista na Lei nº 8.666.

Quanto aos princípios constitucionais, em virtude de ter sido instituída por fundamentos próprios, a licitação é norteada por eles, os quais se resumem nas seguintes prescrições: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo e adjudicação compulsória ao vencedor.

O artigo 37 da Constituição Federal, assim como o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, erigiu princípios que norteiam os atos da administração pública e as licitações, respectivamente. Tratam-se de artigos exemplificativos, e não taxativos, os quais servem de sustentáculo hermenêutico para todos os demais dispositivos afins e para todas as decisões administrativas e judiciais advindas dessa matéria.

Por fim, o §1º, inciso III do artigo 173 da Carta Magna impõe a observância dos princípios da Administração Pública na efetivação de licitações e contratações de obras, serviços, compras e alienações.

3. As sociedades de economia mista

3.1. Importância na economia

Considera-se de grande importância o papel das sociedades de economia mista no desenvolvimento do país, uma vez que sua criação promoveu o aquecimento da economia e contribuiu para que o Brasil se tornasse um país com o status de industrializado.

Esse tipo de sociedade não só teve a finalidade de intervenção na produção, mas também possibilitou a entrada de investimentos estrangeiros, já que algumas delas, como a Petrobras e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), viabilizaram o estabelecimento de inúmeras empresas.

Hely Lopes Meireles (2010) define as sociedades de economia mista como sendo pessoas jurídicas de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de

atividade econômica ou serviço de interesse coletivo outorgado ou delegado pelo Estado.

Além disso, as sociedades de economia mista são instituídas mediante prévia autorização legislativa, revestem a forma de sociedades anônimas, admitem o lucro e sujeitam-se às normas próprias das sociedades mercantis, com eventuais derrogações estabelecidas pelo direito público.

Deve-se observar que foi o regime de direito privado que motivou o Poder Público a criar um ente dessa natureza, uma vez que para a exploração de atividades econômicas a sociedade de economia mista não necessita de prerrogativas próprias do poder público, o que demanda agilidade similar aos particulares.

Destarte, o regime jurídico das sociedades de economia mista que exploram atividades econômicas é híbrido, já que de um lado elas integram a Administração Pública e sujeitam-se aos princípios e regras constitucionais a ela aplicáveis; e de outro, foram criadas como pessoas jurídicas de direito privado, valendo-se de regras típicas das empresas privadas, ressaltando a agilidade na realização das suas atividades.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98 (que deu nova redação ao § 1º do artigo 173 e ao artigo 22, XXVII da CF) foi instituído um regime jurídico diferenciado para as sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividades econômicas, dispondo, inclusive, sobre licitações e contratações.

Lopes Meireles (2010) ainda explica que a sociedade de economia mista ostenta a estrutura e funcionamento da empresa particular, porque isto constitui, precisamente, sua própria razão de ser. Não se compreenderia que se burocratizasse tal sociedade a ponto de emperrar-lhe os movimentos e a flexibilidade mercantil, com os métodos estatais.

Importante ressaltar que o fato de as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica sujeitarem-se ao regime próprio das empresas privadas, não significa que, como criaturas estatais, sejam descompromissadas com o interesse público. Ou seja, não há abdicação do interesse público pela adoção de um regime privado, mas a eleição de um meio específico de atuação para a satisfação das finalidades estatais, como flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência.

3.2. Regime licitatório simplificado – exigência de lei específica

O artigo 173, §1º, III da Carta Magna determina a exigência de lei específica que estabeleça o estatuto jurídico das sociedades de economia mista a fim de que tais empresas não necessitem ser regidas pelos dispositivos da Lei nº 8.666/93 e passem a ter, dentre outras vantagens, um modelo de licitação simplificado, flexível e condizente com a sua natureza, que as permita competir de forma igualitária com as empresas privadas.

A crescente tendência de minorar o rigor imposto pela Lei de Licitações encontra argumento basilar na competitividade característica do setor privado, à qual as sociedades de economia mista estão sujeitas quando inseridas no mercado aberto. Afinal, como se exigir a tão necessária eficiência se essas sociedades precisam passar por todos os trâmites lentos e públicos do procedimento licitatório?

A elaboração de estatuto jurídico para as sociedades de economia mista, previsto na alteração dada ao artigo 173 da CF, demonstra que este tipo de organização necessita de regulamentação própria para a celebração de seus contratos, devendo ser mais simples e dinâmico, proporcionando, ao mesmo tempo, o controle necessário à administração de recursos públicos e a celeridade e o informalismo peculiares das atividades comerciais.

Essa situação é destacada por Marçal Justen Filho (2012), ao tratar, de forma geral, sobre a impossibilidade de aplicarem-se às estatais exploradoras de atividade econômica as regras da Lei nº 8.666/93. O autor destaca que a disciplina das contratações administrativas deve ser compatível com o funcionamento eficiente das organizações administrativas. Logo, as entidades que desenvolvem atividade econômica não podem sujeitar-se ao mesmo regramento licitatório previsto para a Administração direta e autárquica. Isso é incompatível com os próprios fins buscados por elas e acarreta frustração de sua competitividade no mercado, o que não significa liberá-las das regras sobre licitação e publicidade, mas adotar disciplina mais simples, dinâmica e compatível com a natureza de sua atuação. A sumariedade das formalidades no âmbito licitatório deverá ser compensada pelo incremento dos controles no âmbito de motivação e eficiência, com ampla responsabilização dos administradores por contratações despropositadas.

Dessa forma, apresenta-se o exemplo da Petrobras, uma sociedade de economia mista, exploradora de atividade econômica, sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, atuante no mercado em regime de livre competição e que dispõe hoje de um Regulamento Licitatório Simplificado, advindo do Decreto nº 2.745/98.

4. O exemplo da Petrobras 4.1.Lei do Petróleo

A Lei ordinária nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que também ficou conhecida como Lei do Petróleo, é a lei que marca o fim do monopólio estatal do petróleo da União nas atividades relacionadas à exploração, produção, refino e transporte do petróleo no Brasil, o qual era exercido pela Petrobras até aquela data, conforme autorizado pela Lei nº 2.004 de 1953. Desta forma, foi concedida às demais empresas da área petrolífera, nacionais e estrangeiras, a possibilidade de atuar em todos os elos da cadeia do petróleo.

O novo cenário no qual a Petrobras passou a atuar permitiu com que a Companhia se utilizasse de um procedimento licitatório simplificado, que fosse definido em decreto do Presidente da República, para a celebração de contratos de aquisição de bens e serviços (art. 67 da Lei nº 9.478/97).

Diante da flexibilização do monopólio, surgiu a necessidade de criação de normas de transição para o novo modelo adotado pela Lei do Petróleo, já que essa lei excluiu a Petrobras do inadequado e incompatível sistema de licitação e contratação imposto pela Lei nº 8.666/93, autorizando a União Federal a definir procedimento licitatório simplificado mediante decreto.

Assim, em 1998 foi instituído o Decreto nº 2.745, que regulamentou o procedimento licitatório simplificado da Petrobras.

4.2. Constitucionalidade do Decreto no 2.745/98

Conforme explanado no item anterior, a Lei do Petróleo previu, no seu artigo 67, a definição, mediante decreto do Presidente da República, de procedimento licitatório simplificado, aplicável aos contratos celebrados pela Petrobras para aquisição de bens e serviços. Com base nesse dispositivo legal, foi editado o Decreto nº 2.475/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. Ao instituir os critérios para a escolha da modalidade de licitação a ser levada a efeito em cada caso, o Decreto deixou de reproduzir o padrão adotado pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), criando parâmetros próprios.

A Lei nº 9.478/97 definiu que, nada obstante a abertura do mercado, continuava a ser de interesse público a atuação da Petrobras no setor, sendo que a empresa agora deveria desenvolver suas atividades em caráter de livre competição. E a fim de lhe conferir maior agilidade, o artigo 67 da lei autorizou o Presidente da República a, por meio de decreto, definir uma simplificação do procedimento licitatório, que passaria então a ser aplicável à Petrobras.

O Presidente da República regulamentou o referido dispositivo mediante a expedição do Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. É interessante notar que a já referida EC nº 19/98 foi editada exatamente entre a promulgação da Lei nº 9.478/97 e a expedição do Decreto nº 2.745/98. Com efeito, a necessidade premente de um regime diferenciado – e, sobretudo simplificado – de licitações para a Petrobras vinculava-se de forma particular a sua circunstância específica (abertura do mercado, necessidade iminente de mover-se de forma mais ágil para competir com os outros agentes que ingressariam no setor etc.). Dessa forma, pela aprovação da EC nº 19/98, essa necessidade generalizou-se para todas as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas.

Entretanto, há inúmeros questionamentos acerca da validade do aludido decreto e do artigo da Lei do Petróleo que o originou, já que parte da doutrina e, principalmente, o Tribunal de Contas da União (TCU) entendem pela inconstitucionalidade do Regulamento Licitatório Simplificado da Petrobras, devendo a empresa, no seu entendimento, utilizar-se das regras da Lei nº 8.666/93. Tal discussão será tratada adiante, quando serão citadas as liminares concedidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) julgando constitucional o Decreto nº 2.745/98.

Analisando-se a situação da reserva absoluta de lei, não haveria aqui razão específica para exigí-la. Isto é, em matéria de licitações, não é indispensável que a lei (formal ou material) regule todos os aspectos possíveis da questão, de modo a restringir ao mínimo indispensável a atividade regulamentar do Executivo. Mesmo porque a simplificação do regime licitatório não envolve a restrição de direitos fundamentais, não limita direitos subjetivos e nem cria obrigações oponíveis aos particulares.

A própria Lei nº 8.666/93 ilustra o que se acaba de afirmar: que não se trata aqui de reserva absoluta de lei. A lei prevê em vários de seus dispositivos a possibilidade de órgãos da Administração expedirem regulamentos.

Em comparação, o que se encontra disposto no artigo 67 da Lei nº 9.478/97 assemelha-se ao artigo 123 da Lei nº 8.666/93. Na mesma linha da lei geral, aqui compete ao Chefe do Executivo organizar, a partir do procedimento licitatório padrão, uma regra especial e que deve corresponder a uma simplificação das regras gerais. Talvez se possa dizer que o artigo 67 outorgou um espaço mais amplo de atuação ao Executivo, caracterizando uma delegação legislativa, e não apenas o exercício do poder regulamentar. Seja como for, é certo que não se trata de reserva absoluta de lei. E se é assim, a validade da competência prevista no artigo 67 – tenha ela natureza de poder regulamentar ou de delegação legislativa.

Há de se notar que o decreto procura estabelecer um equilíbrio entre dois parâmetros constitucionais: a sujeição da Petrobras aos princípios gerais incidentes sobre a Administração Pública (CF, artigo 37, *caput*) e o dever de licitar (CF, artigo 22, XXVII, artigo 37, XXI e artigo 173, § 1º, III), de um lado, e, de outro, o fim constitucional atribuído às estatais exploradoras de atividade econômica (CF, artigo 173, caput), sua sujeição ao direito privado e ao regime concorrencial (CF, artigo 173) e a diretriz constitucional que determinou a edição de regime jurídico diferenciado para tais empresas em matéria de licitações e contratos (CF, artigo 22, XXVII, e artigo 173, § 1º, III).

Essa diferenciação feita pelo legislador quanto ao tratamento legal dado às empresas estatais prestadores de serviços públicos e às executoras de atividades econômicas significa que mesmo eventuais disposições do decreto regulamentador que venham mostrar-se incompatíveis com essa postura constitucional poderão ser deixadas de lado, por não se ajustarem à norma maior a que devem se sujeitar. Assim, por exemplo, jamais devem ser empregadas as expressões "revogação", "anulação" e "adjudicação", que são institutos privativos do direito público, consequentemente, absolutamente impertinentes e incabíveis aos atos e contratos de uma sociedade de economia mista.

Pelo exposto, observa-se que, com a abertura do mercado petrolífero, o fator tempo se tornou determinante na sobrevivência das empresas que nele atuam, tendo em conta metas e prazos estabelecidos pela regulamentação da própria Agência Nacional do Petróleo (ANP), em especial no que toca à exploração de campos e bacias petrolíferas. De fato, a inobservância de tais prazos e metas pode importar na devolução inoportuna de blocos adquiridos pela Petrobras, com a conseqüente perda de investimentos de grande porte e todos os demais prejuízos daí decorrentes para o interesse público. Assim, a adoção de um modelo licitatório que permita à Companhia a tomada de medidas ágeis e que levem em conta suas características e objetivos específicos, dentro de um espaço razoável de discricionariedade reservado ao administrador, é fundamental para que se torne competitiva no setor do petróleo, sendo a solução mais adequada à realização dos fins constitucionais.

Tendo em vista que não se está diante de reserva de lei formal ou de reserva absoluta de lei e que o artigo 67 da Lei nº 9.478/97 veicula parâmetros adequados, capazes de nortear e controlar a atuação do Chefe do Executivo, não há por que questionar a validade do Decreto nº 2.745/98.

Além disso, verifica-se claramente que, apesar da atuação da Petrobras em um novo cenário de livre competição com empresas, em função das condições de mercado e a Lei nº 9.478 permitir liberdade em sua atividade de contratação de bens e serviços – já que essa é a forma adotada em um regime de livre competição, subordinado às condições de mercado – o Decreto nº 2.745

estabelece uma série de restrições a essa "liberdade de contratar" a fim de que seja resguardado o procedimento formal das licitações e não haja margem a discricionariedades incompatíveis por parte do administrador.

O Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras surgiu a fim de dar aos procedimentos simplificados, a atualização e a modernidade, necessários a tornar mais ágil a contratação, sem prejuízo da economicidade e da seriedade de todo o processo, sujeito à fiscalização interna e ao controle do TCU.

4.3. Liminares proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF)

São várias as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) no sentido de julgar ilegais as contratações firmadas através da licitação simplificada pela Petrobras, determinando, inclusive, que a empresa se abstivesse de aplicar o procedimento licitatório simplificado e utilizasse as regras da Lei nº 8.666/93.

Ocorre que o TCU não é competente para suspender licitações, já que o órgão não pode assumir competência do Judiciário para suspender legislação vigente no Brasil.

Assim, a Petrobras vem impetrando diversos mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal, contestando decisões do TCU, a fim de manter as contratações de bens e serviços por meio da licitação simplificada.

Com efeito, o STF vem afastando o entendimento do TCU de que seria inconstitucional o regime simplificado estabelecido pelo Decreto nº 2.745/98, conforme liminares concedidas através dos Mandados de Segurança nº 25.888, 27.232, 27.337, 27.743, entre outros.

Importante registrar que nem o TCU nem o STF se opõem à utilização de regime diferenciado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica. Ambos entendem que um regime licitatório simplificado irá trazer maior suporte à atuação dessas empresas, uma vez que permitirá que elas se equiparem às concorrentes do setor privado. A dúvida, porém, se estabelece sobre a constitucionalidade de se legislar todo o regime simplificado através de decreto.

5. A licitação simplificada em outras sociedades de economia mista

No ano de 2009 foi sancionada a Lei nº 11.943, a qual flexibiliza as regras de licitações feitas pela Eletrobrás e permite que essa empresa adote um sistema licitatório simplificado.

A flexibilização das regras para as licitações da Eletrobras segue modelo semelhante ao que já é adotado pela Petrobras. A lei prevê que, na aquisição de bens e serviços, a Eletrobras e suas subsidiárias (como Furnas e Eletronorte) poderão aplicar procedimento licitatório simplificado a ser definido em decreto do Presidente da República. Isso significa que a estatal do setor elétrico, da mesma forma que a Petrobras, está isenta de ter de seguir as regras da Lei nº 8.666, que regula as concorrências do setor público no país. A extensão à estatal do benefício faz parte da estratégia do governo de fortalecê-la como empresa de referência do setor elétrico. O governo estaria estudando formas de tornar a Eletrobras uma empresa tão forte no setor elétrico como a Petrobras no setor petrolífero.

Importante reafirmar que esse regime de licitação simplificado possibilita evitar a sujeição de empresas, como a Petrobras e a Eletrobras, ao rigor da Lei nº 8.666/93, que exige custos vultosos e bastante tempo para concluir as contratações, o que atrasa a dinamicidade das relações privadas. Tendo em vista que elas estão inseridas no setor privado, pretende-se, com essa possibilidade, que cheguem ao mesmo patamar competitivo de suas concorrentes.

Trata-se, portanto, de um regime licitatório mais dinâmico e menos custoso, que permite igualdade para essas empresas quando concorrem no setor privado, sem pretender resultar em um sistema de plena discricionariedade para aquisição de bens e serviços.

Esse regime não significa propriamente ausência de procedimento licitatório, até porque este é obrigatório por norma constitucional, mas sim um procedimento mais simples do que o disposto na Lei nº 8.666/93.

6. Conclusão

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, a ordem econômica mereceu especial atenção, prevendo princípios basilares à realização de atividades econômicas.

O ordenamento constitucional, voltado para a livre concorrência e para a iniciativa privada, destacou o tratamento do Estado em situação isonômica aos particulares, quando do exercício de atividade econômica, através de sociedades de economia mista e empresas públicas. Tal previsão constitucional se tornou indiscutível pela nova redação atribuída ao artigo 173, §1º da Constituição Federal, com a Emenda Constitucional nº 19/98.

Dessa forma, constata-se que as sociedades de economia mista realmente são um instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico, associando o capital público e privado a fim de que seja explorada uma atividade econômica. Ocorre que a comunhão da criação dessas sociedades com o constante crescimento do país e a busca pelo atendimento adequado da produção fez com que essas empresas tivessem a necessidade de agilizar procedimentos extremamente burocráticos, como é o instituto da licitação.

A necessidade premente de um regime de licitação diferenciado, e, principalmente, simplificado, mantinha um vínculo direto com as circunstâncias específicas de abertura de mercado e da necessidade de mover-se de forma mais ágil para competir com empresas privadas.

Nesse cenário, destaca-se a Petrobras. Dentro do novo posicionamento econômico do país, a nova regulamentação do setor petrolífero norteou por princípios constitucionais afetos à ordem econômica. Assim, a Lei nº 9.478/97 ofereceu um novo papel a ser desempenhado por essa Companhia, determinando a aplicação de procedimentos licitatórios simplificados para que, dessa forma, fosse permitida a essa sociedade de economia mista a tomada de medidas ágeis e que levassem em conta suas características e objetivos específicos, dentro de um espaço razoável de tempo, tornando-a, assim, ainda mais competitiva.

Dessa forma, em face do artigo 67 da Lei do Petróleo, bem como do artigo 173, § 1º da Constituição Federal, foi estabelecido o Regulamento do Procedimento Licitatório da Petrobras, mediante aprovação contida no Decreto nº 2.745/98.

Em virtude das inúmeras vantagens, detalhadas nesse artigo jurídico, e pelo exemplo da Petrobras, outras sociedades de economia mista buscam a aplicação de um modelo licitatório simplificado, uma vez que essa espécie de sociedade, que explora atividade econômica, tem um regime diferenciado no âmbito da Administração Pública, tendo em vista a necessidade de flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência que se ligam de forma direta à razão de existência dessas entidades e ao interesse público que devem realizar.

Por todo o exposto, não há dúvida de que as sociedades de economia mista devem se valer de um modelo de licitação diferenciado, uma vez que não podem se submeter à lentidão da máquina pública e a procedimentos extremamente burocráticos em virtude de sua função e necessidades perante o mercado.

Mas tudo isso deve ser feito de maneira clara, justificada e condizente com os princípios constitucionais que regem os atos da Administração Pública, prevalecendo a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a igualdade, dentre outros princípios basilares, de modo que não somente o interesse público seja resguardado, mas, acima de tudo, a forma legal do procedimento.

7. Notas

¹ Pós-graduada em Gestão da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense e pós-graduanda em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Atua na área de licitações e contratos na Petrobras.

8. Referências Bibliográficas

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Des*complicado. 22. ed. São Paulo: Método, 2014.
- ÂMBITO JURÍDICO. STF defere pedido da Petrobras para manter processo licitatório simplificado. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/ site/index.php?n_link=visualiza_ noticia&id_caderno=20&id_noticia=17677>. Acesso em: 29 jan. 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- ITO, Marina. Petrobras pode deixar de convidar certas empresas em licitação.

 Disponível em: <www.conjur.com.
 br/2008-fev-24/convite_licitacoes_nao_afronta_constituicao>. Acesso
 em: 24 mar. 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- LOPES MEIRELLES, Hely. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. *A licitação na sociedade de economia mista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. Sociedade de economia mista "versus" Lei de Licitações. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/noticias/635991/sociedade-de-economia-mista-versus-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 29 jan. 2014.

A OBRIGATORIEDADE DO VOTO EM FACE DO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Leonardo Oliveira Silveira Santos¹

1. Introdução

A democracia é caracterizada pela liberdade de pensamento e de ações, ou seja, ela não é caracterizada pela imposição de algo propriamente dito. Nosso sistema político é democrático pleno, ou seja, os indivíduos são eleitos através do voto direto.

Porém esse voto o qual os indivíduos são eleitos ele é obrigatório, ou seja, há uma imposição de nossa Constituição Federal, nos obrigando a votar.

Com isso, o voto obrigatório condiz com o sistema democrático propriamente dito? Essa característica de imposição de algo que deveria ser facultativo é legal? Moral? Ético?

Buscaremos entender, primeiramente a democracia, suas peculiaridades, sua história. Logo depois nos questionarmos se ela é compatível com essa imposição do nosso ordenamento jurídico.

Nosso trabalho ficará delimitado no sentido de fazermos um estudo breve acerca da historia da democracia, bem como, no nosso caso, no Brasil, se ela se aplica em sua plenitude, e se a obrigatoriedade é legal, constitucional ou historicamente aceitável.

O grande foco problemático dessa pesquisa, sem sombra de dúvida, é o questionamento acerca da legitimidade, constitucionalidade e da legalidade da imposição do voto aos cidadãos brasileiros, tendo em vista que vivemos numa democracia plena. A pergunta central da pesquisa será:

A obrigatoriedade do voto é cabível no sistema democrático em que vivemos?

2. O que é democracia?

A palavra democracia tem sua origem na Grécia Antiga, como referido anteriormente, (demo = povo e kracia = governo). Este sistema de governo foi desenvolvido em Atenas (uma das principais cidades da Grécia Antiga). Embora tenha sido o berço da democracia, nem todos podiam participar nesta cidade. Mulheres, estrangeiros, escravos e crianças não participavam das decisões políticas da cidade. Portanto, esta forma antiga de democracia era bem limitada.

Ao redor do mundo, porém, dentre eles não há de fato uma discrepância em sua essência. A democracia pode ser definida como governo em que o povo exerce, de fato e de direito, a soberania popular, dignificando uma sociedade livre, onde o fator preponderante é a influência popular no governo de um Estado. Origem Etimológica: *demos*, povo e *kratos*, poder.

Vale destacar a conceituação do doutrinador Giovanni Sartori, que, com brilhante propriedade literária, assim definiu a democracia etimológica. Assim aduz:

> [...] Demos, no século V a.C., significava a comunidade ateniense reunida em ekklesia. Contudo, mesmo assim definida, demos pode ser reduzida a plethos, isto é, plenum, o corpo inteiro; ou a pollói, o grande número; ou a pléiones, a maioria; ou óchlos, a massa (sendo este um significado degenerado). E, no instante em que demos é traduzido para uma língua moderna, as ambiguidades aumentam. O termo italiano popolo, tão bem como seus equivalentes em francês e alemão (peuple, volk), transmite a noção de entidade singular, enquanto que a palavra inglesa *people* indica pluralidade. No primeiro caso, somos facilmente levados a pensar que popolo denota um todo orgânico que pode ser expresso por uma vontade geral indivisível, enquanto que, no último exemplo, dizer a palavra "democracia" é como pronunciar policracia, uma multiplicidade separável constituída de cada uma das pessoas, (assim, não é por mera coincidência que as interpretações puristas de conceito tenham provindo de

estudiosos que raciocinaram em seus próprios idiomas, alemão, francês ou italiano). Conclui-se daí que o nosso conceito de "o povo" tem de ser reduzido, pelo menos, a cinco interpretações:

- 1 povo significando uma pluralidade aproximada, exatamente como um grande número;
- 2 povo significando uma pluralidade integral, todas as pessoas;
- 3 povo como entidade ou como um todo orgânico;
- 4 povo como uma pluralidade expressa por um princípio de maioria absoluta e;
- 5 povo como uma pluralidade expressa pelo princípio de uma maioria limitada.²

Assim, como define Marcos Ramayana,³ democracia exprime-se como:

[...] um governo do povo, sendo um regime que se finca substancialmente na "soberania popular", compreendendo-se os direitos e garantias eleitorais, as condições de elegibilidade, as causas de inelegibilidade, e os mecanismos de proteção disciplinados em lei para impedir as candidaturas viciadas e que atentem contra a moralidade publica eleitoral, exercendo-se a divisão das funções e dos poderes com aceitação dos partidos políticos, dentro de critérios legais preestabelecidos, com ampla valorização das igualdades e liberdades públicas.

Na definição de Pinto Ferreira, 4 "a democracia é o regime político baseado na vontade popular expressada nas urnas, com uma técnica de liberdade e igualdade, variável segundo a história, assegurando o respeito às minorias".

A democracia só se aperfeiçoa com o ensinamento, ao eleitorado, de lições de cidadania, direitos e deveres, prestações sociais exigíveis dos Poderes Públicos e dos órgãos existentes, alem de permanentes cursos que lecionem, aos futuros candidatos e mandatários políticos, regras eleitorais cívicas, legislativas e de conhecimento amplo sobre vários aspectos culturais.

2.1. Instrumentos para o exercício da democracia

Existem alguns instrumentos no nosso ordenamento jurídico pátrio que são característicos da democracia, ou seja, que ajudam a garantir o pleno exercício pleno da mesma, que são: o sufrágio, plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Sufrágio: O termo sufrágio vem do latim *sufragium*, que, por sua vez, significa aprovação. Por definição, o sufrágio consiste no direito do cidadão de votar e ser votado ou, por outras palavras, eleger e ser eleito. Conforme assinala José Afonso da Silva, trata-se de um direito público subjetivo de natureza política, que decorre diretamente do princípio de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, direta ou indiretamente, consubstanciando-se na instituição fundamental da democracia representativa.

Em relação à extensão, são forma de sufrágio: o universal e o restrito. É universal quando é outorgado a todos os nacionais de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, de fortuna e capacidade especial. Por outro lado, o sufrágio é restrito quando é conferido a indivíduos qualificados por condições econômicas ou de capacidades especiais.

Plebiscito:⁵ é uma consulta prévia feita ao cidadão para decidir objetivamente (sim ou não) sobre determinado assunto político ou institucional. A lei 9709/98 (art. 2 § 1º) assim se reporta: "o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido".

Referendo:⁶ é uma consulta a *posteriori*, ou seja, o cidadão é consultado para que ratifique ou rejeite objetivamente (sim ou não) determinado ato administrativo ou normativo já editado. A Lei nº 9709/98 (art. 2 § 2º) dispõe: "o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição".

Iniciativa popular: é o direito dado a um grupo de cidadãos para apresentar projetos de lei diretamente ao Poder Legislativo. É um procedimento complexo e de pouco uso prático. Nos termos da Constituição (art. 61 § 2º), "a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projetos de lei subscrito por, no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles". Nada impede que a Constituição Estadual e a Lei orgânica do Distrito Federal ou de Município prevejam a possibilidade de apresentação de leis de iniciativa popular no âmbito dos Estados, Distrito Federal ou Município.

2.2. Tipos de democracia

A democracia pode ter algumas classificações, umas mais clássicas, por exemplo, democracia direta, indireta ou representativa e semi-indireta ou mista, também denominada plebiscitária.

2.2.1. Democracia direta

Por democracia direta, entende-se a ausência de outorga de mandato do povo aos parlamentares e representantes políticos em geral, sendo as funções políticas geridas e desenvolvidas pelos próprios detentores do direito de votar.

Esse tipo de democracia identifica-se em comunidades de pequena densidade demográfica, mas a capacidade ativa eleitoral é delimitada apenas a pequenos núcleos de cidadãos que podem exercer o direito a voto.

A crítica a esse sistema se faz primeiro pela sua inexpressividade no contingente eleitoral e, em segundo lugar, por representar uma antessala da ditadura, um convite a um partido totalitário da oposição para manobrar a agitação, organizar o descontentamento e a vontade do povo.⁷

Como forma de organização estatal, a democracia direta exerce um controle nas instituições políticas, como, por exemplo, os Cantões da Suíça.

2.2.2. Democracia indireta ou representativa

Em relação a democracia representativa, ou indireta, manifestam-se duas vontades:

[...] a do grupo, imperativa, à margem de qualquer respaldo jurídico, e a dos governantes. Sendo assim, o poder legal, o poder do Estado, talvez não corresponda ao poder do povo. É nesse hiato eventual que está a explicação do fenômeno político capital que caracteriza as democracias modernas: o advento dos poderes de fato ou de forças que geram agrupamentos, cuja formação decorre de um certo fim desejado por seus membros.⁸

Os eleitos detentores de *ius honorum* representam "em tese" os ideais do eleitorado, para cumprir os programas, metas e estratégias administrativas defendidas no decorrer da campanha eleitoral.

Nesse tipo de democracia, faz-se presente o princípio de delegabilidade da soberania popular em sua máxima expressão, pois os eleitores escolherão os candidatos previamente selecionados pelos partidos políticos para exercerem, por delegação, o integral cumprimento das promessas feitas.

J.J. Gomes Canotilho, ao pronunciar-se sobre o princípio da imediaticidade do voto salienta que:

> No sufrágio indireto ou mediato, os eleitores limitamse a eleger um colégio de delegados eleitorais (grandes eleitores), que por sua vez escolherão os candidatos para os diversos órgãos do poder político.

Um problema suscitado pelo princípio da imediaticidade é o da permanência, como deputado, do candidato eleito que abandona a lista submetida à votação imediata dos eleitores. Se a votação por lista escolhida pelos partidos tem sido considerada como compatível com o princípio da imediação, já o abandono do partido da lista do qual foi eleito pode levantar problemas se o princípio da imediaticidade do sufrágio for analisado com devido rigor. Os mesmos problemas põem-se quando existem fracionamentos de partidos ou novas formações partidárias. A favor da manutenção do mandato, invoca-se o princípio da representação: o deputado representa o povo, e não os partidos, e pode inclusivamente ser um candidato independente. A favor da perda do mandado esgrime-se o fato de o deputado, ao abandonar o partido, renunciar de fato ao seu próprio mandato como deputado.9

2.2.3. Outros tipos de democracia

Existem ainda outros conceitos acerca da democracia, que podem ser definidos como pontos de vistas pelos quais ela é vista, como, por exemplo, democracia liberal ou liberal democracia, em que o cerne da questão é a abstenção de interferência do Estado no aspecto econômico, ou seja, nas atividades econômicas e financeiras. Tipologia democrática ardorosamente defendida pela "livre iniciativa", deixando o capitalismo e a ordem econômica e financeira absolutamente livres das ingerências do Estado.

Na verdade, esse sistema é fantasioso, uma utopia, pois todo o Estado intervém na ordem econômica e financeira, basta a caracterização do sistema tributário de receitas e despesas, lançamentos e arrecadações para necessitar da intervenção nessa matéria; portento, denomina-se liberal democracia o regime em que essa intervenção faz-se menos acentuadamente ou em grau menor de padrões de comparação.

Existe também a democracia social ou social-democracia, caracterizada basicamente pela adequação da ordem econômica e financeira dos parâmetros de justiça social, em que a liberdade de iniciativa deve respeitar a valorização do trabalho humano.

Na Constituição Federal, verifica-se a incidência de premissas da social-democracia, como nos artigos 170, 173, § 4º, 175, parágrafo único, 186, 194, 205, 215, 225, entre outros.

A democracia popular seria aquela que se estabelece por uma "ditadura do proletariado", na qual é permitida a existência de vários partidos, mas que se unem sempre numa chapa comum com o Partido Comunista, vivificando-se o sistema unipartidário.

Seja qual for a forma pela qual se expresse a democracia, podemos ter em mente que nenhum regime democrático pode ser duradouro se deixar de lado o nivelamento das camadas sociais, o desenvolvimento gradual na educação, combatendo-se a pobreza generalizada e a valorização primordial do homem e de critérios humanísticos, buscando, em cada indivíduo, suas reais potencialidades, dando-lhe mecanismos de exteriorização plena dessas potencialidades em prol do desenvolvimento do estado solidário, democrático, sem que a propriedade individual atenda tão somente ao seu titular, mas aos interesses humanos, do bem-estar, combatendo-se todas as formas de corrupção.

2.3. A Democracia adotada no Brasil

No Brasil, a Constituição Federal vigente retrata nitidamente a adoção da democracia semidireta, na qual o povo, além de exercer o poder de maneira indireta, ou seja, através dos seus representantes, também exerce de forma direta, concretizando a soberania popular, através do sufrágio universal, do voto direto e secreto e pelos institutos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição vai concretizar que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos dessa Constituição".

Portanto, percebemos nesse diapasão que, em tese, no Brasil a escolha pelos candidatos tem que ser pelos cidadãos. Porém, como temos percebido ao longo de nossa história, muito das vezes triste, nossas eleições têm sido marcadas pela corrupção, pela captação ilícita de sufrágio etc.

E tudo isso, ao nosso entender, mancha o que chamamos de democracia, tendo em vista que desde o momento em que o cidadão perde a sua liberdade de escolha nas eleições, quando os candidatos usam de artifícios ilegais para forçar o eleitor a votar em seu candidato, a essência da democracia foi por água abaixo.

É por isso que é necessária uma conscientização em geral dos brasileiros, principalmente no tocante à importância do voto para o futuro do Brasil em si. Enquanto não tivermos essa consciência, realmente ficará difícil estabelecer uma democracia plena, bem como usar o voto como uma ferramenta de sua plenitude.

3. O voto

O voto pode ser definido como sendo um instrumento do sufrágio. Ferramenta do exercício da democracia. Constitui-se um tipo especial de procuração que o eleitor do candidato escolheu dentro da organização política franqueada. O voto é um ato de expressão de vontade do eleitor, que configura a concretização do sufrágio.

A rigor, palavras sufrágio, voto e escrutínio não se confundem. Sufrágio é o direito de votar e ser votado. Escrutínio é o modo do exercício pelo qual o voto é exteriorizado. O voto, por fim, é o ato de expressão da vontade do eleitor, configurando a concretização do sufrágio.

Dessa forma, com base na nossa Constituição podemos afirmar que nosso sufrágio é universal, o voto é direto e igual e o escrutínio é secreto.

Com base nessa definição, pode-se acrescentar que o voto é o mais importante instrumento de exercício da democracia, onde o cidadão faz as escolhas daqueles em que desejam ver no poder, representando-os nas respectivas casas.

Assim, dada a importância do voto, justifica as peculiaridades em que envolve esse importante instrumento, bem como todas aquelas tentativas, algumas frutíferas, outras não, de se captar sufrágio ilicitamente.

3.1. Voto secreto

Esse sistema é o adotado pelo nosso Código Eleitoral, no artigo 103, sendo considerado pelo nosso sistema constitucional vigente como cláusula pétrea, conforme preceitua o artigo 60 § 4º inciso II da CF. Com isso, não é permitido a terceiros observar em quem o eleitor vota, nem tampouco exigir-lhe a revelação de sua preferência, sob pena de nulidade da votação. É secreto na medida em que não há publicidade na opção do eleitor, mantendo-a em sigilo absoluto.

Assim aduz o artigo 103 do Código Eleitoral:

O sigilo do voto é assegurado mediante as seguintes providências:

 I – Uso de cédulas oficiais em todas as eleições, de acordo com o modelo aprovado pelo Tribunal Superior.

O TSE, ao elaborar o manual para Juízes e Promotores Eleitorais, assim disciplinou, para garantir o sigilo das eleições, a instalações das urnas eletrônicas.

II – Isolamento do eleitor em cabina indevassável, para o só efeito de assinar na cédula o candidato da sua escolha e, em seguida, fechá-la.

O isolamento é condição primordial para a lisura pro processo de votação. Condição *sine qua non* para tal procedimento. Os mesários ou os fiscais não podem ajudar os eleitores a votar, entrando na cabine de votação. Se o isolamento for violado, a arguição deve constar em ata para fins de declaração de nulidade da votação. Admite-se, entretanto, o auxílio para os deficientes.

III – Verificação da autenticidade da cédula oficial à vista das rubricas.

No voto manual as cédulas devem conter as rubricas dos mesários (duas rubricas). A falta de uma rubrica é nulidade relativa do voto que será apurado.

IV – Emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio e seja suficientemente ampla, para que não se acumulem as cédulas na ordem em que forem introduzidas.

O artigo veda o uso de urna de lona inapropriada para o número de eleitores que ali irão votar, ou seja, que a urna tenha capacidade suficiente para armazenar as cédulas que serão ali introduzidas sem comprometer nenhuma delas, e nem ocorrer o acúmulo indesejado.

3.2. Voto direto e indireto

O voto é direto quando o cidadão escolhe efetivamente seu candidato de forma direta, sem participações de intermediários. Obviamente o voto indireto é quando ocorre a participações de intermediários, ou seja, o cidadão não participa diretamente da escolha daqueles que irá lhe representar.

Excepcionalmente no Brasil, há uma única hipótese de eleição indireta, no caso de vagarem os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República nos últimos dois anos do mandato, na qual a eleição será feita pelo Congresso Nacional, segundo o artigo 81, § 1º da CF.

Por fim, o voto no sistema eleitoral brasileiro é revestido de algumas características peculiares, pois além de direto e secreto, o mesmo é igualitário, pois cada um é detentor de apenas um voto, não existindo um mais importante do que o outro em sentido numérico. É livre, podendo o cidadão escolher seus candidatos da forma que lhe convém. É pessoal, porque o eleitor tem a obrigação de comparecer pessoalmente a sua respectiva zona eleitoral.

4. Sistemas eleitorais no Brasil

Entendemos o que é democracia, suas peculiaridades, o que é o voto e também os aspectos particulares que o envolve. Agora passamos a estudar o sistema eleitoral brasileiro, como a democracia e o voto são trabalhados nesse complexo sistema que foi instalado no nosso país.

Sistema eleitoral pode ser entendido como o conjunto de técnicas legais que objetiva organizar a representação popular com base nas circunscrições eleitorais (divisões territoriais entre estados, municípios, distritos, bairros etc.).

Falar em sistema eleitoral é observar as regras necessárias à computação dos votos e sua transformação em mandatos, motivo pelo qual suas referências são base para qualquer liderança partidária.

No Brasil existem dois sistemas eleitorais: o majoritário e o proporcional.

4.1. Sistema majoritário

Por esse sistema é eleito o candidato mais votado, podendo ser por maioria absoluta ou por maioria simples ou relativa.

Por maioria absoluta entende-se o sistema composto de dois turnos, que é aplicado para eleições de Presidente da República, Governador dos Estados e do Distrito Federal e os prefeitos dos respectivos municípios. Cabe ressaltar que, caso um candidato obtenha esse percentual no primeiro turno, não será realizado o 2º turno.

É eleito o candidato que obtiver mais da metade dos votos válidos. Caso nenhum candidato alcance esse percentual, será feita nova eleição no último domingo de outubro, concorrendo os dois candidatos mais votados, sendo eleito aquele que obtiver mais votos dentre os válidos.

No sistema majoritário por maioria simples ou relativa, é eleito aquele que obtiver maioria simples nas eleições, mesmo recebendo um único voto a mais que o segundo candidato mais votado, ou mesmo que a soma dos outros candidatos ultrapasse sua votação.

Esse sistema é aplicado nas eleições para senador e para prefeitos cujos municípios não ultrapassem 200 mil eleitores.

Vale ressaltar que, no caso dos senadores, haverá eleições alternadamente a cada 4 anos, com mandato de 8 anos, e cada Estado tem três cadeiras.

4.2. Sistema proporcional

No sistema proporcional o que interessa é a votação no partido ou coligação e não apenas no candidato. Vem regulado pela Lei nº 9.504/97 mais especificamente em seu artigo 5º e no artigo 105 do Código Eleitoral. Esse sistema é aplicado nas eleições para Vereadores, Deputados Estaduais, Deputados Federais e Deputados Distritais.

Esse sistema visa assegurar aos partidos políticos no Parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um. Esse sistema pretende que se distribua em proporção às correntes ideológicas ou de interesse integrada nos partidos políticos concorrentes, "objetivando assim fazer do Parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional". ¹⁰

José Afonso da Silva¹¹ por seu turno aduz que "a Constituição acolheu o sistema proporcional para a eleição de Deputados Federais (art. 45), o que significa a adoção de um princípio que se estende às eleições para as Assembleias Legislativas dos Estados e para as Câmaras de Vereadores (Câmaras Municipais). E arremata: "por ele, pretende-se que a representação em determinado território (circunscrição) se distribua em proporção às correntes ideológicas ou de interesse integradas nos partidos políticos concorrentes".

Nesse sistema proporcional inicialmente somam-se os votos válidos (votos dados para os partidos e seus candidatos) e divide-se o resultado pelo número de cadeiras a preencher, obtendo-se assim o quociente eleitoral.

A seguir, dividem-se os votos de cada partido ou coligação pelo quociente eleitoral, obtendo-se assim o numero de eleitos de cada agremiação, formando-se o quociente partidário.

Por quociente partidário, entende-se o percentual obtido por partido ou coligação, através da divisão do número de votos alcançados pela legenda pelo quociente eleitoral. Os votos de determinado candidato contam para a legenda (artigo 107 do Código Eleitoral).

Partido que não atinge o quociente eleitoral não elege qualquer deputado ou vereador, salvo se nenhum partido atingir o quociente eleitoral, quando as vagas serão preenchidas pelos candidatos mais votados, independentemente dos votos dados aos partidos, conforme artigo 111 do Código Eleitoral. As chamadas sobras também serão destinadas aos partidos ou coligações que tiveram as maiores médias.

Assim, obtido o número final de cadeiras de cada um, estarão eleitos os candidatos mais votados de cada partido ou coligação, em número capaz de preencher as vagas destinadas à agremiação.

5. A obrigatoriedade do voto

No Brasil, o voto é obrigatório, conforme disposição do artigo 14 da Constituição Federal, em especial no § 1º, que aduz:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

§ 1º − O alistamento eleitoral e o voto são:

I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos.

Destaque-se que o referido artigo faz as exceções a essa obrigatoriedade, no tocante aos analfabetos, aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos, bem como aos maiores de setenta anos.

A constituição atual manteve a tradição histórica da compulsoriedade do voto, desde a instauração do Código Eleitoral, em 1932, levando-se em consideração alguns aspectos que consideram relevantes para a não instauração do voto facultativo.

Podemos destacar alguns argumentos dos sustentadores do voto obrigatório, como, por exemplo, o fato de o voto ser um poder-dever, onde o voto consiste não em um direito, mas sim em um dever, atrelado na responsabilidade que acarreta esse ato tão importante para o futuro do nosso país.

Outro argumento seria o fato de que a maioria dos eleitores participaria do processo eleitoral, e caso o voto fosse facultativo, de fato teríamos um numero pífio nas urnas, até mesmo pela instabilidade política em que vivemos, e pela cultura que criamos.

O exercício do voto é fator de educação política do eleitor. Esse argumento também engloba aqueles que defendem a manutenção da obrigatoriedade do voto, pois eles sustentam que a participação constante do eleitor no processo eleitoral torna-o ativo na administração pública, influenciando na coletividade em que vive. Esse argumento tem como base principal a participação propriamente dita do eleitor no processo eleitoral, de modo a influenciá-lo.

O atual estágio da democracia não permite a adoção do voto facultativo. Esse argumento é no nosso entender o mais contundente, o mais forte dos que sustentam a manutenção da obrigatoriedade. Eles aduzem que a cultura brasileira ainda é injusta no que se refere a distribuição de riquezas, e isso influencia diretamente os segmentos sociais nos quais os cidadãos que têm menor nível de informação sequer conhecem seus direitos políticos e com isso não iriam exercê-los em sua plenitude. O voto constitui um forte instrumento para que essa coletividade de excluídos possa manifestar sua vontade política.

Na contramão, os eleitores mais bem informados, que possuem um nível cultural maior, portanto, chamados de formadores de opinião, aproveitariam essa faculdade e iriam fazer outras coisas, como viajar, aproveitar o feriado.

Assim favoreceria os candidatos clientelistas, aqueles que usam de artifícios para captar sufrágio, o que empobreceria a política brasileira.

A obrigatoriedade do voto não constitui ônus para o País, e o constrangimento ao eleitor é mínimo, comparado aos benefícios que oferece ao processo político-eleitoral. Esse argumento tem como base o fato de que não se conhece qualquer resistência organizada à obrigatoriedade do voto. Trata-se de uma imposição estatal bem assimilada pela população.

O fim do voto obrigatório significaria um ganho irrisório de liberdade individual, constituindo, porém, uma perda substancial do nível de participação dos cidadãos no processo eleitoral.

5.1. O voto obrigatório em outros países das Américas

Podemos destacar alguns países que adotam o voto obrigatório nas Américas, especificamente: México, Guatemala, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Venezuela, Equador, Peru, Bolívia, Chile, Argentina e Uruguai.

Essa lista apresentada pode nos mostrar alguns aspectos relevantes e de bastante reflexão. Há quase unanimidade na América do Sul na opção pelo voto obrigatório, não havendo abaixo da linha equatorial quem adote o voto facultativo, exceto o Paraguai, que, no entanto, considera o voto uma obrigação ou dever e não um direito.

Os países que adotam o voto compulsório têm sua história associada a intervenções militares, golpes de estado e autoritarismo político, com exceção de Costa Rica. No Brasil, o instituto do voto obrigatório esteve a serviço do autoritarismo político, seja na longa ditadura de Getúlio Vargas, seja no recente ciclo de governos militares que sufocaram as liberdades políticas no Brasil, bem como em quase toda a América Latina, ou seja, essa obrigatoriedade está totalmente associada a esse aspecto de forçar o eleitor a votar, uma coerção.

O fato de o Brasil ser o mais influente país da América do Sul, devido ao tamanho de sua economia e população, pode ser fator importante para que os países vizinhos adotem muitos aspectos da legislação eleitoral brasileira, inclusive a obrigatoriedade do voto.

6. Voto facultativo

Por outro lado, existem aqueles a favor do voto facultativo, que defendem que a obrigatoriedade não condiz com o sistema democrático em que vivemos. Passaremos a analisar os seus argumentos para a mudança no sistema de voto. O voto é um direito e não um dever. Essa ideia de voto facultativo tem a ver com a ideia de liberdade de expressão do cidadão, do direito inerente a ele. Tem a ideia do direito subjetivo do cidadão, um dever cívico, que para ser pleno esse direito deve compreender tanto a possibilidade de se votar como a consciência determina quanto a liberdade de abster-se de votar sem sofrer qualquer sanção do Estado.

Outro fator que argumentam é referente ao fato de que o voto facultativo é adotado por todos os países desenvolvidos e de tradição democrática. Argumentam que os países líderes, principalmente no que concerte a capacidade econômica e social dos mesmos, constituem Estados plenamente democráticos, nos quais a não obrigatoriedade do voto não os torna fragilizados em relação ao Brasil nesse aspecto.

Levam em consideração que não existem países desenvolvidos praticantes da democracia, como, por exemplo, os da Europa Ocidental, e os Estados Unidos, por exemplo, que imponham aos seus eleitores a obrigatoriedade do voto.

Outro argumento importante é que o voto facultativo melhora a qualidade do pleito eleitoral pela participação de eleitores conscientes e motivados, em sua maioria. Esse argumento tem certa lógica, pois com a facultatividade do voto, realmente iria às urnas aqueles que realmente têm a manifesta vontade de votar.

Muita das vezes, guardadas as devidas exceções, a obrigatoriedade causa irritação no eleitor, que se sente verdadeiramente acuado, coagido a votar, tendo em vista as sanções impostas pela lei. E tudo que é imposto, bem sabemos, normalmente não se traduz em satisfação de quem é obrigado.

A participação eleitoral da maioria em virtude do voto obrigatório é um mito. Segue a mesma vertente do argumento anterior, que afirma que a imposição desmotiva, tendo em vista o caráter de coação em que o eleitor é submetido, onde o sentido de participação se perde totalmente, pois o fato de o eleitor ir a uma seção eleitoral não significa que ele está interessado nas propostas dos candidatos e dos partidos políticos.

Isso pode ser percebido pelo fato de nas eleições um grande número de eleitores votar em branco ou anular seus votos, como uma forma de protesto, ou mesmo por dificuldade de exercer o voto, tendo em vista a inexistência de convicção política. Com isso, o sistema político torna-se desacreditado devido ao que acabamos de mencionar, bem como o grande número de abstenções, que cresce a cada eleição pela desmotivação do eleitor.

É ilusão acreditar que o voto obrigatório possa gerar cidadãos politicamente evoluídos. Ao referir-se à obrigatoriedade de votar como um exercício de

cidadania do eleitor, muitos defensores do voto obrigatório, como visto nos seus argumentos expostos anteriormente, querem passar a imagem, querem induzir que o fato de um cidadão escolher um candidato irá transformá-lo em um outro homem, em um ser mais consciente, conhecendo seu poder de intervenção na sociedade.

Essa é uma daquelas idealizações ingênuas que nem o tempo consegue afastar, pois ainda existem pessoas que acreditam nisso, embora o simples fato de intervir na sociedade não tenha a capacidade de transformar ninguém.

Sendo o voto facultativo, isso obrigaria os partidos políticos a cativar os eleitores com suas propostas, onde se as mesmas forem, as pessoas comparecerão às urnas.

O atual estágio político brasileiro não é propício ao voto facultativo. Esse argumento dos que defendem a obrigatoriedade se baseia no fato de não acreditarem que temos uma sociedade com maturidade política suficiente para praticar a democracia na forma dos países do Primeiro Mundo.

Ao afirmarem isso, desprezam uma realidade brasileira, pois há evidência de que o Brasil tem hoje oitenta por cento de sua população morando nas cidades, sendo significativa sua presença nos grandes centros populacionais e regiões metropolitanas e, ainda, que o fácil acesso aos meios de comunicação de massa permite a todos ter acesso a informações do mundo inteiro.

Dessa forma, tendo em vista o fácil acesso, a população tem mais conhecimentos acerca das vidas em outras regiões, em outros países, o que pode acarretar de certa forma uma influência ao votar.

Entendem que o eleitor brasileiro ainda se encontra em estágio político inferior para o pleno exercício da democracia, havendo necessidade de que alguém superior, como o Estado, acompanhe-o, ensinando-o como exercitá-la.

Os que adotam essa ideia, mostrando até um certo elitismo da sociedade, sustentam que nosso povo não sabe o que é democracia ou participação política, necessitando, assim, de um auxílio da parte dos "entendidos" para que possa compreender o processo político.

Essa é uma desconfiança das pessoas letradas em relação às mais humildes. Desprezam o bom senso inerente à maioria dos cidadãos, constituída de pessoas simples, porém sábias, para avaliar as propostas dos partidos e de seus candidatos, pois acreditam que somente pessoas de nível intelectual alto têm capacidade para votar "corretamente" e estão sempre alegando que os votos dados aos candidatos que não sejam de sua ideologia são considerados votos manipulados.

O voto obrigatório não é capaz de tornar o país desenvolvido. Se a consciência política de um povo ainda não está evoluída suficientemente em razão do subdesenvolvimento econômico e de seus mútuos reflexos nos níveis educacionais, não é tornando o voto obrigatório que se obterá a transformação da sociedade. Se assim fosse, o Brasil e a maioria dos países da América Latina, que adotam a compulsoriedade do voto há muitas décadas, estariam com seus problemas sociais resolvidos. Não seria absurda, portanto, a conclusão de que, se nunca tivéssemos tido a obrigatoriedade do voto, teríamos hoje um processo político-eleitoral muito mais amadurecido e consolidado, como aconteceu com os povos politicamente desenvolvidos.

De certa maneira, bem sabemos que tornar um país desenvolvido em nada tem a ver com o sistema de voto adotado, mas sim com a educação, saúde, políticas econômicas, emprego etc. Portanto, esse subterfúgio não é cabível para justificar o subdesenvolvimento do nosso país.

6.1. O voto facultativo em outros países das Américas

Da mesma forma, vale destacar, a título de conhecimento, os outros países que adotam esse sistema de voto nas três Américas: Canadá (membro da Comunidade Britânica), Estados Unidos da América, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Cuba, Haiti, Jamaica, Belize, Bahamas, Trinidad e Tobago, Barbados, Granada, Antígua e Barbuda, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinos, Suriname, Guiana (membro da Comunidade Britânica), Colômbia e Paraguai.

Da mesma forma, essa listagem nos permite também tirar algumas conclusões. Os países mais ricos da região – Canadá e Estados Unidos – adotam o voto facultativo. A maioria dos países da América Central adota o voto facultativo. Na América do Sul, a Colômbia, que adota o voto facultativo, foi o único país de colonização ibérica do continente que não sofreu intervenção militar quando, na história recente desses países, praticamente todos os seus Governos foram tomados por regimes antidemocráticos.

Cabe trazer à baila um gráfico¹² relacionando a economia do país com o tipo de voto adotado por ele:

	País	PIB ajustado ao poder de compra em bilhões US\$ (09)	Voto
1	EUA	14,140	Facultativo
2	China	8,748	Facultativo
3	Japão	4,150	Facultativo
4	Índia	3,570	Facultativo
5	Alemanha	2,810	Facultativo
6	Reino Unido	2,128	Facultativo
7	Rússia	2,110	Facultativo
8	França	2,097	Facultativo
9	Brasil	2,013	Obrigatório
10	Itália	1,739	Facultativo
11	México	1,465	Facultativo
12	Coréia do Sul	1,364	Facultativo
13	Espanha	1,362	Facultativo
14	Canada	1,279	Facultativo
15	Indonésia	963	Facultativo

7. Conclusão

Com base no trabalho exposto, podemos chegar a algumas conclusões acerca do tema abordado. Estudamos o que é democracia, suas particularidades, que ela se caracteriza pela não coerção da população em qualquer aspecto, sendo um dos seus princípios basilares a liberdade de expressão.

Dessa forma, obrigar o cidadão a votar nos parece conflitante com o sistema democrático propriamente dito, pois essa forma arbitrária nos remete aos antigos e inesquecíveis tempos de ditadura – claro que essa é uma lembrança que não deixa qualquer tipo de saudade na população.

Junto a isso, observamos também o conceito de voto, suas características, os tipos de votos existentes bem como o voto adotado nos sistemas eleitorais brasileiro, tanto no majoritário quanto no proporcional.

Quanto ao tema central de nossa pesquisa, ou seja, a obrigatoriedade do voto no sistema democrático, observamos que esse fato está literalmente atrelado ao histórico do país, onde passamos por momentos conturbados desde o império até a ditadura militar.

Vivemos, nessas épocas, situações nada agradáveis para a população de modo geral, pois o cidadão não podia exercitar sua cidadania de forma plena.

Pôde ser percebido que os países que adotaram o voto compulsório foram aqueles que de certa forma se acostumaram à coerção imposta à população, ou seja, onde o Estado atuava de forma impositiva, sem dar chance ou oportunidade de o cidadão escolher. Uma questão histórica.

Por outro lado, os países que adotam o voto facultativo são aqueles que historicamente não tiveram qualquer tipo de intervenção militar no sentido de ditadura, ou mesmo de golpes, algo do gênero.

Foram países que, historicamente, sempre respeitaram a opção do eleitor, do cidadão, deixando-o bem a vontade quanto à escolha do voto propriamente dito, e isso de certa forma influenciou no que esses países são hoje.

O posicionamento é de que o voto obrigatório não condiz com o que chamamos de democracia, pois desde o momento em que há uma imposição, já a descaracterizou. Porém, especificamente no nosso país, temos que adotar algumas cautelas necessárias no que se refere ao voto facultativo.

Concordamos quando falam que nosso país não está preparado hoje para o voto facultativo. Infelizmente nossa cultura não nos permite, por exemplo, instituir esse tipo de voto já nas próximas eleições. É um trabalho que levará tempo, porém é o caminho a ser adotado.

Tem ainda a captação ilícita de sufrágio, que não é nenhuma novidade para ninguém. Com o voto facultativo, será que essa prática se tornará mais comum? Impossível se ter uma resposta unânime. Uns irão achar que, como o candidato estará mais na "mão" do eleitor do que nunca, eles teriam que oferecer mais vantagens para obter voto. Lembrando que esse tipo de eleitor é aquele que não está muito interessado no futuro do país, mas sim nos seus interesses próprios.

Há de se fazer uma campanha para conscientizar o eleitor da importância do voto para que ele não faça isso uma forma de obter vantagens e bens, trocando o seu voto por objetos materiais, por exemplo.

Nunca é tarde para mudanças. O problema é que o voto facultativo não parece ser do interesse daqueles que hoje estão no poder. Por isso, qualquer discussão que se instala acerca do tema é sempre colocada em segundo plano. É uma pena.

Quem sabe em um futuro bem próximo nós, cidadãos, possamos escolher livremente nossos candidatos, sem que isso seja uma obrigação legal, mas sim um dever legal. Com certeza iríamos para as urnas com vontade de votar, de mudar o destino do país mais do que nunca. O fardo seria leve, os eleitores poderiam falar: hoje exercemos uma democracia plena.

8. Notas

- ¹ Mestrando em Direito Econômico pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes. Advogado.
- ² Texto extraído de Teoria Democrática,
 1. ed. Portugal, Editora Fundo da Cultura
- ³ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleito-ral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 29.
- ⁴ FERREIRA, Pinto. *Manual de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 207.
- ⁵ A própria Constituição Federal previu expressamente a realização de plebiscito para o eleitorado brasileiro definir a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) a viger no país (ADCT, art. 2º).
- ⁶ Tanto nos referendos como nos plebiscitos, a participação é: a) obrigatória: para os maiores de 18 anos; b) facultativa: para os maiores de 16 e menores de 18 anos, para os analfabetos e para as pessoas com mais de 70 anos; e c) vedada: para os estrangeiros e, durante o serviço militar obrigatório, para os conscritos. Em ambos os casos o cidadão vota na própria seção eleitoral em que está inscrito.
- ⁷ TALMON, J. L. *The rise of totalitarian democracy.* Boston: Beacon Press, 1952. p. 207.
- ⁸ BURDEAU. G. La democracia. Barcelona: Ariel. 1960. p. 43-46.
- ⁹ Direito Constitucional, Coimbra, Livraria Almedina, 1993. p. 433-434.
- FERREIRA, Pinto, Código Eleitoral Comentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997. p. 169.

- ¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 374-375.
- ¹² Para entender Direito. Disponível em: http://direito.folha.uol.com.br/1/post/2010/10/voto-obrigatrio-no-mundo.html>. Acesso em: 20 mar. 2014.

9. Referências Bibliográficas

- BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato par-lamentar:* Aquisição e perda antecipada. São Paulo, 2005.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2004.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleito-ral.* 5. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- DIAS, Reinaldo. *Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.
- PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral* anotações e temas polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

- RIBEIRO, Fávila. *Abuso de Poder no Di*reito Eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ROSAS, Roberto. *A corrupção eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2004.
- STOCO, Rui. *Legislação eleitoral interpretada.* Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TELLES, Ney Moura. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 1998.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos do Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASPECTOS DA LIVRE INICIATIVA, DO PODER ECONÔMICO E DA CONCORRÊNCIA

Marcelo de Souza Barbosa¹

1. Considerações preambulares

A história nos mostra os diversos modos de produção adotados pelo homem ao longo de sua história. Inicialmente, na pré-história, provavelmente, predominou um modo de produção em que tudo era dividido entre os membros da tribo, não igualmente, tendo em vista a "lei do mais forte", em função da prematura organização social em que ninguém era dispensado de trabalhar e na qual ninguém era privado da parte que lhe cabia para o atendimento das suas necessidades básicas.

Com a fixação do homem à terra, houve a transformação dos hábitos da espécie, que criou as condições para a apropriação não só dos meios e instrumentos de produção, mas de tudo o que era produzido. Surge assim a propriedade privada.

Com o advento da propriedade privada, presencia-se uma revolução na organização social com a divisão desta em pelo menos duas classes: os possuidores dos meios de produção e os não possuidores; destarte surge uma estrutura voltada a resolver os conflitos entre as classes: o Estado.

Ao longo da história pode-se observar três sucessivos modos de produção: o escravagista, o feudalismo e o capitalismo. Neste presencia-se a liberdade

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 235-254 - UCAM (Rio de Janeiro)

de iniciativa como seu elemento essencial. O sistema capitalista é extremamente dependente da liberdade de iniciativa para dar eficiência ao modo de produção.

Em nosso ordenamento, o princípio da liberdade de iniciativa é constitucional, geral e explícito no *caput* do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil. Esta trouxe no Título VII os parâmetros da ordem econômica, tendo os princípios constitucionais previstos nos incisos do art. 170 e justificando a intervenção do Estado somente para preservar esses princípios, ou seja, essa intervenção será legítima quando houver a proteção contra manobras que visem ferir os princípios já sacramentados pelo legislador.

Essa liberdade tem duas faces: a que tolhe determinadas práticas empresariais incompatíveis com a livre iniciativa que acontece quando um empresário obtém um poder de mercado. Este, com poder de mercado, tem ao seu alcance instrumentos empresariais que, uma vez empregados, poderiam impedir ou dificultar o ingresso de outros empresários no mesmo segmento de atividade econômica. Valer-se desses instrumentos representaria uma prática empresarial contrária à liberdade de iniciativa, uma prática que configura infração da ordem econômica. A outra face funciona como um freio à intervenção do Estado na economia, relacionado a questões estudadas pelo direito público. Assim o Estado regulador só exerce diretamente atividades econômicas nos casos previstos na Carta Magna.

Para regular a atuação dos agentes no mercado, o direito concorrencial, mediante legislação específica, adota práticas que procuram garantir a livre iniciativa e a livre competição através da repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal.

A proteção da ordem econômica e da concorrência é realizada pela adoção de mecanismos que coíbem práticas empresariais incompatíveis com o regime da livre iniciativa. Estas são agrupadas em duas categorias: infração à ordem econômica e concorrência desleal.

As infrações à ordem econômica estão sedimentadas na Lei nº12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE) do Ministério da Fazenda, com suas atribuições previstas em lei. Essas infrações, dentre elas o abuso de poder econômico, estão previstas no art. 36 da lei supra com um rol meramente exemplificativo e não taxativo.

Já a concorrência desleal caracteriza-se como qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

Assim, pelos fundamentos da República, princípios da atividade econômica, direito concorrencial e do consumidor, envereda-se o regime jurídico da livre iniciativa.

2. Fundamentos da ordem econômica

A livre iniciativa configura-se como o direito do indivíduo de exercer uma atividade econômica sem interferência por parte do Estado e está devidamente consolidada na Carta Magna de 1988 como princípio geral da atividade econômica, previsto no art. 170 da Constituição. Contudo, não há que olvidar que no inciso IV do art. 1º já há a previsão da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, um princípio fundamental. Esse ensinamento é expresso nos artigos *in verbis*: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (grifo nosso)

[...]

Como princípio, esse subordina as ações do Estado e a interpretação das normas. Em termos de atividade econômica, observa-se também a subordinação dos agentes (Estado e iniciativa privada), ressaltando que no inciso IV do art. 170 a livre iniciativa é cumulativa com os valores sociais do trabalho, o que o constituinte originário deixou bem claro ao redigir utilizando a conjunção aditiva "e".

No que tange à livre iniciativa, verifica-se que ela tem sustentação em alguns pilares, como a propriedade privada prevista no texto constitucional nos arts. 5º, XXII e no 170, II e culminado no § único do art. 170, *in verbis*: [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei; ou seja, a partir da propriedade privada, chega-se na liberdade de abrir uma empresa e no regime da livre concorrência em que a mesma pratica seus preços com base em um mercado competitivo.

Vale salientar que no Brasil, com o nosso Estado Regulador, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme o art. 173 da CRFB.

Ademais nenhum princípio é absoluto, logo, o princípio da livre iniciativa deve ser ponderado (técnica utilizada para mitigar a colisão dos princípios constitucionais e assim fazer com que os mesmos convivam) com outros.

Acerca deste princípio assevera Diogo de Figueiredo de Moreira Neto:²

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o de liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade das categorias sociais de produção; e finalmente o princípio da propriedade privada restringe-se com o da função social da propriedade.

3. Princípios da ordem econômica

Os princípios da ordem econômica estão previstos no art. 170 da CRFB, in verbis:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor:

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Esses princípios regem a circulação, produção, distribuição e consumo das riquezas do Brasil e pelos quais o Estado deve se guiar para fundamentar sua atuação.

Luís Roberto Barroso (2002, nº 14, p. 8) entende que esses preceitos dividem-se em de funcionamento da ordem econômica e princípios-fins, denominando-os de setoriais, e assevera ainda:

Da leitura dos princípios setoriais em questão, é fácil perceber que não há homogeneidade funcional entre eles. O papel que a livre concorrência desempenha na ordem econômica é diverso daquele reservado ao princípio que propugna pela busca do pleno emprego ou pela redução das desigualdades regionais e sociais. À vista dessa constatação, é possível agrupar estes princípios em dois grandes grupos, conforme se trate de princípios de funcionamento da ordem econômica e de princípios-fins. Em linhas gerais, os princípios de funcionamento estabelecem os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica devem observar. Os princípios-fins, por sua vez, descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas. Convém analisar cada uma dessas categorias separadamente.

3.1. Princípios de funcionamento da ordem econômica

São os preceitos previstos no art. 170 do inciso I ao VI, quais sejam: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; respectivamente.

A começar pela soberania nacional, esta é considerada sobre dois aspectos: o interno e o externo. A soberania interna é o poder mais alto existente dentro do Estado em função da supremacia da Constituição e das leis. A soberania externa significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação, mas sim igualdade.

No art. 5º da CRFB, onde estão previstos os direitos e garantias fundamentais, há a previsão do direito de propriedade (inciso XXII) e que esta atenderá a sua função social (inciso XXIII).

A função do direito de propriedade é fazer com que os agentes que nela venham a atuar possam se apropriar dos meios e bens de produção, respeitando a propriedade alheia e delimitando a possibilidade de intervenção do Estado que está pacificada na Carta Magna. Consoante este direito, há que se salientar a função social da propriedade prevista nos artigos 182, § 4º e 184 da CRFB, *in verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

[...]

Além disso, com o advento do Estatuto da cidade, a função social da propriedade imóvel ganha nova roupagem. Ela passa a estar atrelada ao aproveitamento e à destinação que o Plano Diretor lhe atribuiu. A ideia central é o aproveitamento racional e adequado dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente e o bem- estar da sociedade.

Em termos de livre concorrência verifica-se a opção pela economia de mercado e assim a certeza de que a competição entre empresas e as escolhas dos consumidores buscando o melhor produto/serviço dará o tão almejado resultado, que é o melhor preço e qualidade dos produtos/serviços. Neste regime a

atuação estatal é exceção. Com o passar dos anos, o legislador percebeu que o mercado praticava certas condutas altamente lesivas ao consumidor, que sempre foi a parte hipossuficiente na relação, e logo surgiu a necessidade de uma regulamentação específica para a proteção do mesmo, que foi o Código de Defesa do Consumidor (CDC), cumprindo uma exigência constitucional no inciso XXXII do art. 5º e assim criando condições equitativas entre as partes desiguais.

Por fim, a defesa do meio ambiente prevista no *caput* do art. 225 da Constituição, *in verbis*:

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

Já está comprovado que a preservação do meio ambiente condiciona as atividades econômicas e que o limite do exercício da atividade econômica é um ambiente equilibrado que deve ser defendido pelo Estado a fim de promover um desenvolvimento sustentável.

Concluindo, são princípios voltados para a iniciativa privada, restando ao Estado o poder de regulamentar o que lhe compete.

3.2. Princípios-fins

Os princípios-fins nada mais são do que os objetivos a que a ordem econômica aspira. Estão previstos no *caput* do art. 170 e nos três últimos incisos deste, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [...] (grifo nosso)

Vê-se que esses são os objetivos a que o Estado aspira e corrobora com os objetivos fundamentais da República, previstos nos incisos III e IV do art. 3º da Constituição.

Faz-se mister relembrar que os princípios setoriais não podem colidir com os princípios fundamentais conforme anteriormente citado, ou seja, nenhum deles pode restringir a livre iniciativa.

4. Direito concorrencial

A concorrência está relacionada com os aspectos econômicos da demanda ofertada ao consumidor em geral, do equilíbrio do mercado e da relação entre produção e os custos de produção. Logo, faz com que os fornecedores/produtores de serviços e produtos busquem o menor preço e maior qualidade, sob pena de perder sua fatia de mercado visando sempre o lucro. Nesse ambiente de mercado competitivo o diferencial será sempre a inovação com reduzidos custos de produção, e assim obtendo lucro e conquistando o consumidor.

O Guia do Cade (2007, 3ª ed., p. 9) assevera a importância da concorrência:

A livre concorrência disciplina os ofertantes de bens e serviços de forma a manterem os seus preços nos menores níveis possíveis, sob o risco de que outras empresas conquistem seus clientes. Em tal ambiente, a única maneira de obter lucros adicionais é a introdução de novas formas de produzir que reduzam custos em relação aos concorrentes.

Além disso, as empresas atuantes em um mercado de livre concorrência tendem a ficar afinadas com os desejos e expectativas dos consumidores, porque estão permanentemente ameaçadas por produtos de qualidade superior ou por novos produtos. Portanto, a livre concorrência, além de garantir os menores preços para o consumidor e maior leque de escolha de produtos, também estimula a criatividade e a inovação.

Nas economias de mercado, baseadas na livre concorrência, os preços refletem a escassez relativa de bens e serviços e sinalizam a necessidade de investimentos e a melhor aplicação dos recursos da sociedade.

A proteção à livre concorrência é intrínseca à economia de mercado, fato este que começou a ganhar força no Brasil nos anos 1990. Porém, para ser efetiva, não pode ocorrer nenhuma limitação à mesma por parte dos agentes econômicos.

Em entrevista ao jornal *Carta Forense*, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011) destacou que:

A proteção à livre concorrência está diretamente ligada à existência de uma economia de mercado [...]. Justamente para atuar na prevenção e repressão do chamado abuso de poder econômico que existem mecanismos institucionais que visam garantir uma ampla e justa competição. Assim, a Constituição indica que o poder econômico pode existir, mas dele não pode ocorrer abuso.

E justamente para atuar na prevenção/repressão do abuso de poder econômico existem mecanismos institucionais que visam garantir a competição justa. Para a consecução desse objetivo foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com suas atribuições previstas em Lei.

O Cade é autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, e tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, mas também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

4.1. Previsão constitucional

A política de defesa da concorrência tem fulcro na Lei Maior que instituiu a livre concorrência como um dos princípios basilares da ordem econômica no inciso IV do art. 170, adicionalmente asseverou no § 4º do art. 173 que "A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros", ou seja, esta deve ser exercida sem abuso e sem a prática de atos que visem a concentração de mercado.

Porém, não há que se olvidar que nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a livre iniciativa, conforme o inciso IV do art. 1º da CRFB.

Até novembro de 2011, o Direito da Concorrência estava fundamentado na Lei nº 8884/1994 (Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste), que foi criada com o intuito de garantir a efetivação do princípio da livre concorrência, em um momento histórico de desestatização dos mercados; mas esta foi revogada pela Lei nº 12.529/2011 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

4.2. Relação da concorrência com o direito do consumidor

O art. 1º da Lei 12.529/2011 prevê, in verbis:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (grifo nosso)

Assim, inicialmente já percebe-se a relação direta do direito da concorrência e o direito do consumidor. E por que não dizer preocupação, pois quem movimenta o mercado são os consumidores, que também são diretamente lesados em caso de falta de concorrência.

Interessante notar que o inciso V do art. 45 da Lei Antitruste prevê que na aplicação da pena deve-se levar em consideração o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros. Além disso, a Lei Antitruste, em seu § 5º do art. 88, determina que os atos de concentração sejam proibidos se implicarem a eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante que possa acarretar na dominação do mercado, exceto quando, por ato discricionário da Administração Pública, alternadamente ou cumulativamente: aumentar a produtividade ou competitividade, melhorar a qualidade de bens e serviços e propiciar a eficiência e desenvolvimento tecnológico; e sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes, conforme o § 6º do mesmo artigo. Destarte é notório que o direito da concorrência tem como beneficiário final o consumidor.

4.3. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

No país, a Lei nº 12.529/2011 estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Seus órgãos integrantes são: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda.

O Cade foi criado em 1962 e transformado, em 1994, em Autarquia Federal. Tem a finalidade de orientar, fiscalizar e apurar abusos de poder econômico. Logo, é o órgão responsável pelo julgamento dos processos, decidindo se houve ou não infração à livre concorrência, ademais a apreciação dos atos de concentração a ele submetidos.

Já a SDE tem a finalidade de formular, implementar e supervisionar as políticas de proteção e defesa da ordem econômica, no âmbito da livre concorrência e da defesa dos direitos do consumidor. Para defender a concorrência, ela é responsável por investigar a existência de condutas anticoncorrenciais e por emitir parecer sobre os aspectos concorrenciais dos atos de concentração para aprovação do Cade. Em termos de proteção ao consumidor, a SDE é responsável pela coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e tem suas competências estabelecidas em Lei.

No tocante à Seae, esta atua em três esferas, quais sejam: promoção e defesa da concorrência, regulação econômica e acompanhamento de mercados. Também auxilia a SDE, enviando estudos e relatórios que enfocam os aspectos econômicos das operações apresentadas e das condutas investigadas em termos concorrenciais.

5. Proteção à ordem econômica e à concorrência

A proteção à ordem econômica e à concorrência não só protege aquela, mas o consumidor e seus direitos, a economia, o comércio, a atividade empresarial, entre outras.

No ordenamento pátrio, a Lei nº 12.529/2011 promove a proteção à ordem econômica com determinação exemplificada das condutas consideradas infracionais, e a Lei nº 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial – LPI), mais especificamente no art. 195, tipifica as condutas ilícitas no que tange à concorrência desleal.

5.1. Concorrência

A concorrência seria perfeita se ocorresse a situação em que os preços são únicos. Não faria diferença para os consumidores entre comprar do produtor/fornecedor A, B ou C, e os produtos teriam a mesma qualidade. Como isso ainda não é possível, a concorrência é imperfeita. Entretanto, vislumbra-se que a mesma tenha um lado positivo que visa beneficiar o consumidor, e outro negativo que ocorre quando algum agente do mercado tenta de alguma forma praticar atos lesivos ao mercado ou aos concorrentes diretos.

5.2. Concorrência desleal

A Convenção de Paris, da qual o Brasil é signatário, ensina em seu art. 10 bis, *in verbis*:

Artigo 10 bis

- 1. Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.
- Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.
- 3. Deverão proibir-se particularmente:
- 1º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;
- 2º As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;
- 3º As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

A repressão à concorrência desleal é feita a nível penal pela LPI, que estabelece em seu art. 195³ as condutas tipificadas como crime, com punição de detenção de 3 meses a 1 ano. A nível cível, com fundamento contratual, no sentido do descumprimento de uma cláusula de assunto concorrencial, deve o concorrente desleal indenizar o prejudicado em função do contrato.

Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 31) nos ensina:

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, na omissão do contrato, o alienante de estabelecimento empresarial não pode restabelecer-se na mesma praça, concorrendo com o adquirente, no prazo de 5 anos seguintes ao negócio, sob pena de ser obrigado a cessar suas atividades e indenizar este último pelos danos provenientes de desvio eficaz de clientela sobrevindos durante o período do restabelecimento (art. 1.147). É hipótese de concorrência desleal cuja repressão tem base contratual.

Já a repressão civil com fundamento extracontratual apresenta algumas peculiaridades. Mesmo havendo a concorrência criminosa (art. 195 da LPI), subsiste a responsabilidade civil de indenizar possíveis danos. Contudo, no art. 209⁴ da mesma Lei existe a previsão do prejudicado haver perdas e danos por atos não tipificados como crime.

Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 31-32) ainda corrobora:

O problema é que a teoria clássica da responsabilidade civil, baseada na culpa, não confere solução satisfatória para a aplicação desse dispositivo legal. Ressalte-se, com efeito, que todo empresário, em regime de competição, está com a deliberada intenção de atrair clientela alheia ao seu estabelecimento, provocando, com isso, dano aos demais empresários do mesmo setor. Tanto a concorrência regular quanto a desleal reúnem os elementos que a teoria clássica da responsabilidade civil elegeu para caracterizar a obrigação de indenizar (dolo, dano e relação causal). Contudo, somente uma dessas modalidades de concorrência - a desleal - está apta a gerar responsabilidade civil. A distinção entre concorrência regular e a concorrência desleal é bastante imprecisa e depende de uma apreciação especial e subjetiva das relações costumeiras entre os empresários, não havendo, pois, critério geral e objetivo para a caracterização da concorrência desleal não criminosa.

5.3. Abuso de poder econômico

A Lei nº 12.529/2011 estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico conforme seu art. 1º. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante. Logo, as ações que se constituem como infração à ordem econômica estão previstas no art. 36 de forma exemplificativa e não exaustiva. Entre as condutas citadas no art. supra, pode-se citar: cartel,⁵ preços predatórios,⁶ fixação de preços de revenda,⁷ restrições territoriais e de base de clientes,8 acordos de exclusividade,9 venda casada¹⁰ e discriminação de preços.¹¹

Cabe não olvidar, entretanto, que as condutas adotadas pelos empresários, algumas vezes, podem não ser caracterizadas como infração da ordem econômica dependendo dos seus objetivos ou alcançados sem a intenção de prejudicar a livre concorrência, ou seja, se a prática em nada estiver relacionada

com o exercício do uso abusivo do poder econômico, não resta demonstrada a ilicitude.

Perscrutando a CRFB, no que tange à ordem econômica, especificamente o § 4º do art. 173 (§ 4º – A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros), percebe-se que o legislador fez referência aos efeitos lesivos, devidamente expressos, à estrutura do livre mercado abrangidos nos três primeiros incisos do art. 36 da legislação antitruste (a eliminação da concorrência (inciso I), a dominação de mercado (inciso II) e o aumento arbitrário de lucros (inciso III).

A caracterização das condutas infracionais é feita pela própria Constituição (art. 173, § 4º), que delimitou com precisão quais condutas padecem repressão pela lei. Assim, vigora em plenitude o princípio da livre iniciativa com as demarcações dos limites do dispositivo supra, logo, a repressão não pode ocorrer a qualquer tipo de comportamento, sob pena de inconstitucionalidade.

Contudo, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 211) assevera:

Mas o abuso de posição dominante não foi lembrado pelo constituinte como efeito lesivo à ordem econômica, que se pudesse distinguir dos demais efeitos compreendidos na mesma disposição constitucional. Ou seja, o abuso da posição dominante não pode ser considerado pela legislação ordinária um efeito autônomo, independente dos outros identificados pela norma constitucional. Se assim eventualmente pretendesse o legislador ordinário, ele estaria incorrendo em inconstitucionalidade, indo além dos limites fixados pela ordem fundamental vigente. Limitar, falsear ou prejudicar a concorrência, dominar mercado relevante e aumentar arbitrariamente os lucros são maneiras de se exercer abusivamente a posição dominante. Não há como incorrer em conduta capaz de gerar os efeitos referidos no art. 173, § 4º, da Constituição, e reproduzidos nos incisos I a III do art. 36 da Lei Antitruste, senão por meio do exercício abusivo de posição dominante. O sentido adequado para a exegese desse dispositivo somente pode ser, por conseguinte, o de síntese da matéria abrangida já pelos outros incisos do mesmo artigo. Em outros termos, se não for considerado redundante, a norma em questão (o inciso IV) será necessariamente inválida, por inconstitucionalidade, já que estaria reprimindo práticas empresariais além da autorização contida na Constituição Federal. O princípio hermenêutico da inexistência de termos inúteis na lei cede, por evidente, diante da supremacia constitucional. Contudo, a interpretação do § 3º do art. 36 da Lei Antitruste deve ser feita concomitantemente com a norma constitucional programadora da legislação antitruste (art. 173, § 4º) e reproduzidos nos incisos I, II e III do art. 36 da mesma lei para a configuração do ilícito. Ou seja, somente haverá infração da ordem econômica se a conduta descrita no § 3º do art. 36 da Lei Antitruste pressupor na eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros.

Para atuar na defesa da concorrência, existe o Cade, que é órgão judicante em matérias de defesa da concorrência, decidindo se houve ou não infração à ordem econômica, atuando de forma preventiva ou repressiva.

6. Conclusão

A livre iniciativa está prevista no inciso IV do art. 1º da CRFB como fundamento da República e aparece novamente no *caput* do art. 170 como princípio geral da atividade econômica. Apesar da redundância, como princípio, este não é absoluto e necessita ser ponderado a fim de que ele conviva com os demais. No sistema capitalista percebe-se a importância da liberdade de iniciativa para que a ordem econômica evolua, porém não olvidando de outros princípios sem os quais esta liberdade seria falsa, como por exemplo, o da propriedade privada e da livre concorrência que são quase parte integrante da livre iniciativa. Ou seja, há uma relação entre eles, melhor dizendo, uma dependência. Pode-se exemplificar que, a partir da propriedade privada, chega-se à liberdade de abrir uma empresa e no regime da livre concorrência, para que o empreendimento gere lucros com base em um mercado competitivo.

Para tanto, os princípios foram divididos em sendo de funcionamento e princípios-fim. Ademais, estes subordinam a ação do Estado Brasileiro, permitindo em algumas situações a intervenção/exploração direta de atividade econômica pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme o art. 173 da CRFB.

No que pese a livre concorrência, verifica-se a opção do legislador pela economia de mercado e a certeza de que a competição entre empresas e as escolhas dos consumidores buscando o melhor produto/serviço dará o tão almejado resultado, que é o melhor preço e qualidade dos produtos/serviços. Entretanto, com o passar dos anos, o legislador percebeu que o mercado praticava certas condutas altamente lesivas ao consumidor, e logo surgiu a necessidade de uma regulamentação específica para a proteção do mesmo e posteriormente outras tipificando a concorrência desleal (LPI) e estruturando a concorrência no país, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações à ordem econômica e o papel do Cade, assim como o Sistema Brasileiro de

Defesa da Concorrência, não esquecendo que a política de defesa da concorrência tem fulcro na Lei Maior que instituiu a livre concorrência como um dos princípios basilares da ordem econômica no inciso IV do art. 170, adicionalmente asseverou no § 4º do art. 173 que "A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

No país, o Sistema de Defesa da Concorrência é estruturado em três órgãos, que são o Cade, a SDE e a Seae. O Cade tem a finalidade de orientar, fiscalizar e apurar abusos de poder econômico; a SDE tem o intuito de formular, implementar e supervisionar as políticas de proteção e defesa da ordem econômica, além da defesa dos direitos do consumidor; por fim a Seae, que tem três planos de atuação (promoção e defesa da concorrência, regulação econômica e acompanhamento de mercados.

No que tange à proteção à ordem econômica e à concorrência, salienta-se que não só aquela é protegida, mas o consumidor e seus direitos, a economia, o comércio, a atividade empresarial, entre outras.

Hoje a Lei nº 12.529/2011 promove a proteção à ordem econômica com determinação exemplificada das condutas consideradas como infração à ordem econômica e a Lei nº 9.279/1996 tipifica as condutas ilícitas no que tange a concorrência desleal.

Ademais a repressão na esfera penal pela LPI com punição de detenção de 3 meses a 1 ano, vale salientar a possibilidade do concorrente lesado recorrer à esfera cível, com fundamento contratual, no sentido do descumprimento de uma cláusula de assunto concorrencial. A própria LPI prevê que o prejudicado pode haver perdas e danos por atos não tipificados como crime.

Em termos extracontratuais, nota-se uma particularidade, visto que a concorrência normal e a desleal reúnem elementos que a teoria clássica da responsabilidade civil, baseada na culpa, caracteriza a obrigação de indenizar, porém só a modalidade desleal gera responsabilidade civil. Ademais, a distinção entre concorrência regular e a concorrência desleal é bastante imprecisa e depende de uma apreciação especial e subjetiva das relações costumeiras entre os empresários, não havendo, pois, critério geral e objetivo para a caracterização da concorrência desleal não criminosa.

Garantindo a livre concorrência, na CRFB, no que tange à ordem econômica, especificamente o § 4º do art.173, percebe-se que o legislador fez referência aos efeitos lesivos expressando quais condutas padecem de repressão, visando a manutenção da estrutura do livre mercado abrangidos nos três primeiros incisos do art. 36 da legislação antitruste: a eliminação da concorrência, a dominação de mercado e o aumento arbitrário de lucros. Conse-

quentemente, vigora o princípio da livre iniciativa com as demarcações dos limites do dispositivo supra.

Relembra-se que a interpretação do § 3º do art. 36 da Lei Antitruste deve ser feita concomitantemente com a norma constitucional programadora (art. 173, § 4º) e procriadas nos incisos I, II e III do art. 36 da mesma lei. Ou seja, somente haverá infração da ordem econômica se a conduta descrita no § 3º do art. 36 da Lei Antitruste pressupor a eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros.

No que tange ao abuso do poder econômico, a Lei nº 12.529/2011 estruturou o SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, que caracterizam, independentemente de culpa, os atos que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante. Como exemplo cita-se o cartel, a venda casada e os acordos de exclusividade.

Perscrutando a Lei Antitruste, é notória a preocupação com a defesa do consumidor, logo percebendo a relação direta do direito da concorrência com o direito do consumidor, inclusive com previsão de levar em consideração o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros para aplicação de pena. Depreende-se então que o direito da concorrência tem como beneficiário final a coletividade, logo, o consumidor.

7. Notas

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Mestrando pela Universidade Candido Mendes. E--mail: malorde@hotmail.com.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo de. Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988, 1989, p. 28. In: BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 14, p. 6, jun.-ago. 2002.

³Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V – usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI – substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII – vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

⁴ Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

⁵ É um acordo entre agentes econômicos que ofertam produtos substitutos, visando a elevação de preços e lucros por meio da divisão de mercado, da combinação de preços, da divisão de cotas de produção, do controle das quantidades produzidas/distribuídas ou da divisão territorial (Guia prático do Cade).

⁶ Prática deliberada de preços abaixo do custo (preço abaixo do custo variável médio), visando eliminar concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado angariado com a prática predatória. (*ibid.*)

⁷ O produtor estabelece, mediante contrato, o preço a ser praticado pelos distribuidores/revendedores. A fixação de preços pode muitas vezes ser abusiva e limitar a concorrência entre esses agentes econômicos. Mais uma vez, a prática deve ser avaliada do ponto de vista de sua racionalidade econômica e dos efeitos positivos e negativos que tal prática pode gerar sobre a concorrência. (*ibid.*)

⁸ O produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/ revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões. Tal conduta pode ser utilizada como instrumento de formação de cartéis e de elevação unilateral do poder de mercado. Deve-se analisar a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sempre sob a ótica dos efeitos a serem coibidos. (*ibid.*)

⁹ Os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquirilo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais. Tais acordos podem trazer efeitos nocivos à livre concorrência, devendo ser analisados, considerando-se a razoabilidade econômica da conduta e o poder de mercado da empresa, sob a ótica dos efeitos a serem coibidos. (*ibid.*)

¹⁰ O ofertante de determinado bem ou serviço impõe, para a sua venda, que o comprador adquira outro bem ou serviço. O efeito anticoncorrencial mais visível seria a tentativa de alavancar poder de mercado, de um mercado para dominar outro, eliminando concorrentes.

¹¹ O produtor utiliza o seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-os entre compradores, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar os seus lucros.

8. Referências Bibliográficas

ANACLETO, Simone. A relação entre a prestação delegada de serviços públicos, a livre concorrência e a tributação.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002.

BRASIL. Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, de 20 de março de 1883, promulgada no Brasil pela DAI – Divisão de Atos Internacionais. Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975. Disponível em: <www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/patente/pasta_legislacao/convencao_paris_ html>. Acesso em: 29 jan. 2014.

Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema

Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1945; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 nov. 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_</pre> ato2011-2014/2011/Lei/L12529. htm>. Acesso em: 29 jan. 2014.

Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 mai. 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 29 jan. 2014.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Di*reito Comercial: direito de empresa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Curso de direito comercial, volume 1:* direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Cade. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 8 fev. 2014.

- . Guia Prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil. Cade. 3. ed. São Paulo: Ciee, 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito da Concorrência. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-da-concorrencia/7732>. Acesso em: 8 fev. 2014
- FILHO, Calixto Salomão. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentoss jurídicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.
- NETTO, Adyr Garcia Ferreira; BAS-SOLI, Marlene Kempfer. Livre iniciativa: Síntese filosófica, econômica e jurídica. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 4, n. 1, p. 155-172. jan./abr. 2009.
- VADE Mecum Saraiva. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 2.028 p.
- ZEGHER, Arthur. Mercado e concorrência: Abuso de poder econômico e concorrência desleal. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, p. 47-68, 2010.

A TRAJETÓRIA DA FAMÍLIA AO LONGO DA HISTÓRIA: DA EXCLUSÃO PARA A INCLUSÃO E O EUDEMONISMO

Rafael da Silva Santiago¹

1. Introdução

A família contemporânea é o espaço por excelência de manifestação de aspectos existenciais e íntimos de seus componentes, representando um ambiente próprio de realização da personalidade e da dignidade do ser humano. Traduz, portanto, uma forma elementar de proteção e inclusão social do indivíduo enquanto sujeito de direitos fundamentais.

Contudo, ao longo da história essa nem sempre foi a marca distintiva da família, que já chegou, inclusive, a se estruturar por intermédio de um contexto de exclusão, de negação de direitos e de estabelecimento de privilégios que não se coadunam com o atual estágio do Direito das Famílias brasileiro.

Diante disso, torna-se importante entender o desenvolvimento histórico da família ocidental, identificando sua trajetória ao longo dos períodos históricos, com o objetivo de reunir argumentos que fundamentem a superação de sua natureza de fonte de exclusão para a sua consolidação como um espaço de inclusão qualificado pela busca da felicidade e da satisfação pessoal.

Pelo fato de possuir natureza qualitativa, a pesquisa busca descrever e interpretar a família para o Direito, conferindo-lhe o devido tratamento jurídico.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 255-273 - UCAM (Rio de Janeiro)

Além disso, insere-se no grupo de técnicas e procedimentos metodológicos relacionados à pesquisa teórica, porquanto prioriza a construção de conceitos específicos pertinentes à entidade familiar, procedendo-se à utilização de processos discursivos e argumentativos para a fundamentação das conclusões propostas.

Tudo isso para se construir o atual perfil da família, instrumentalizado à promoção e proteção da dignidade e personalidade de seus integrantes, com a priorização do afeto, da solidariedade, da liberdade e da igualdade em detrimento de qualquer tipo de formalidade, razão pela qual implica a projeção de uma série de efeitos importantes no ordenamento jurídico.

2. Desenvolvimento histórico da família

A descrição histórica da família possui diversos significados. Dependendo do entendimento da expressão, p. ex., os primeiros grupamentos humanos podem ser considerados organizações familiares, porquanto a reunião de pessoas com a finalidade de formação de uma coletividade de proteção recíproca, produção e/ou reprodução já propiciava o desenvolvimento do afeto e da busca da completude existencial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 46).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 47) ressaltam que:

Se o nosso conceito "genérico" de família é de um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes, a formação de grupamentos, em sociedades antigas, já permitiria realizar algumas finalidades, ainda que rudimentares, como a de produção (o trabalho conjunto para satisfação das necessidades básicas de subsistência), a de reprodução (preocupação procricional, na formação de descendência) e a de assistência (defesa contra inimigos e seguro contra a velhice).

Entretanto, a migração de um período de satisfação individual das necessidades básicas de comida, bebida, sono e sexo para a construção de um conglomerado de pessoas que se identificassem reciprocamente como integrantes de uma efetiva coletividade (e não de um mero agrupamento de individualidades) representou a base para o reconhecimento de uma família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 47).

Antes da formação da "família romanista", as tentativas de verificação histórica se embasam em duas interpretações (FACHIN, 2003, p. 56).

A primeira, não tradicional, enxerga a família originária como uma família comunal, traduzida em uma comunidade sem restrições de parentesco e sem a autoridade central do pai, um modelo de família que se encerra com a formação do Estado e com o estatuto da propriedade privada (FACHIN, 2003, p. 56).

Encontra nos períodos mais primitivos a presença do matriarcado, o parentesco da linhagem feminina, que não derivava exclusivamente da supremacia abstrata da mulher, mas, sim, de uma circunstância bastante concreta, na medida em que era a mulher quem se ocupava da organização familiar e da economia doméstica (FACHIN, 2003, p. 56).

Por seu turno, outra interpretação, de forma contrária, toma o fato apreendido no mundo jurídico, sem se utilizar da história e da sociologia da família (FACHIN, 2003, p. 56).

Certo é que, a partir do momento em que o Direito e o Estado se apropriam, sob a autoridade masculina, da ordem das ideias, o parentesco da linhagem feminina acaba por ruir, sendo substituído pela agrupação em torno da instituição, que tem como chefe, senhor e sacerdote o pai e marido, dando origem ao pátrio poder (FACHIN, 2003, p. 57).

Deixando de lado as discussões sobre um modelo inicial único (patriarcal ou matriarcal, monogâmico ou poligâmico) de família, deve-se reconhecer que, na Antiguidade, os núcleos familiares eram formados não por meio da afetividade, mas sim da instintiva luta pela sobrevivência, independentemente da geração de uma relação de afeto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 49).

A análise dos registros históricos, dos monumentos literários e dos fragmentos jurídicos demonstra que a família ocidental viveu um grande período sob a forma patriarcal. Assim foi reconhecida nas civilizações mediterrâneas, nas civilizações romanas e nas documentações bíblicas (PEREIRA, 2013, p. 30).

Em Roma, a família era estruturada a partir do princípio da autoridade e abrangia todos aqueles que a ela estavam submetidos, sendo organizada, também, em razão da ideia religiosa:

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (ius vitae ac necis), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia in loco filiae, totalmente subordinada à autoridade marital (in manu mariti), nunca adquirindo autonomia,

pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios [...]. (PEREIRA, 2013, p. 31)

A família era orientada como uma unidade econômica, política, militar e religiosa, comandada sempre por um indivíduo do sexo masculino, o *pater familias*, que era o ascendente mais velho de determinado núcleo, reunindo os descendentes sob sua absoluta autoridade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 50).

Pouco importando a idade ou a convolação de matrimônio, todos os descendentes continuavam a lhe dever respeito e obediência, permanecendo o *pater* como o chefe do agrupamento familiar até seu falecimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 50).

Nessa época, o critério predominante na estipulação do parentesco não era a consanguinidade, mas a sujeição ao *pater familias* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 51).

Luiz Edson Fachin (2003, p. 63) reúne as principais características da família romana:

[...] a) a família como unidade política, jurídica e religiosa; b) a família como estrutura análoga a do Estado; c) a família romana centrada na figura do *pater familias*; d) estado monogâmico e exogâmico, ou seja, as relações pessoais também passam a ser privadas e é proibido o incesto; e) a família patriarcal na qual a esposa e os filhos eram considerados incapazes.

Ao longo do tempo, as regras severas do Direito Romano foram sendo alvo de flexibilizações. Houve o surgimento do casamento *sine manu* e as necessidades militares impulsionaram a criação de patrimônio independente para os filhos, constituído pelos bens adquiridos como soldados, recebidos no exercício de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais ou havidos de forma diversa (PEREIRA, 2013, p. 31).

A partir do século IV, com o Imperador Constantino, o Direito Romano passa a vivenciar uma concepção cristã de família, em que as preocupações de natureza moral preponderam, com base na inspiração do espírito de caridade, sacrificando parte da autoridade do *pater familias*, mas conservando seu caráter autocrático (PEREIRA, 2013, p. 31-32).

Ao longo da Idade Média, as relações familiares eram reguladas exclusivamente pelo Direito Canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Ainda que as normas romanas continuassem a desempenhar grande influência quanto ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges,

era possível notar a crescente presença de diversas regras de origem germânica (GONÇALVES, 2010, p. 32).

Em sua evolução pós-romana, a entidade familiar recebeu influência do Direito Germânico, de forma a abranger a espiritualidade cristã e a reduzir o grupo familiar aos pais e filhos, assumindo caráter sacramental (PEREI-RA, 2013, p. 32). Com a derrocada do Império Romano e o crescimento do Cristianismo, houve uma gradativa modificação do significado da família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 51).

Enquanto que a família pagã romana consistia em uma unidade com multiplicidade funcional, a família cristã se desenvolveu com base em um modelo patriarcal, concebido como célula básica da Igreja e, por conseguinte, da sociedade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 51).

Baseada essencialmente no matrimônio, que de situação de fato foi alçado à condição de sacramento, "[...] tal modelo se tornou hegemônico na sociedade ocidental, passando da Antiguidade para a Idade Média, até chegar à Idade Moderna, marginalizando potencialmente outras modalidades de composição familiar" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 51).

Vale ressaltar que, com o advento do cristianismo, houve uma evolução da ideia de renúncia às relações sexuais completas e mistas em favor do casamento, bem como a negação da institucionalização do divórcio e à realização de um segundo matrimônio, salvo no caso de morte de um dos cônjuges ou da existência do adultério. Com isso, mostrou-se presente a valorização da família constituída por intermédio do casamento (LISBOA, 2013, p. 26).

A família cristã representou o formato dominante por séculos, até que, com a chegada da Revolução Industrial, em meados do século XVIII,² uma nova alteração começou a se efetivar nas entidades familiares, visto que sua visão clássica, centrada no pai de família como líder espiritual e provedor necessário do lar, sofreu grande abalo com os novos anseios da coletividade (GA-GLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 51).

Na Idade Contemporânea, a família variou em razão do regime econômico do período histórico. Com isso, na sociedade eminentemente agrária, em que o trabalho era realizado pela célula familiar, a autoridade dos pais era preservada, assim como a convivência entre pais e filhos e a própria unidade da família (NADER, 2011, p. 11-12).

Em uma sociedade conservadora, para obterem a devida aceitação social e o reconhecimento jurídico, os vínculos afetivos precisavam ser ratificados pelo matrimônio. A família representava uma verdadeira comunidade rural, composta por todos os parentes, significando uma unidade de produção com amplo incentivo à procriação (DIAS, 2013, p. 28).

Como a família traduzia uma entidade patrimonializada, seus integrantes consistiam em força de trabalho. O crescimento da família implicava melhores condições na sobrevivência de todos. A organização familiar era dotada, ainda, de um perfil hierarquizado e patriarcal (DIAS, 2013, p. 28).

Portanto, na época precedente à Revolução Industrial, a família desempenhava, em conjunto, a sua atividade de trabalho. Ao redor do chefe da família estavam os colaboradores de ofício, quais sejam, a mulher e seus filhos (LISBOA, 2013, p. 26).

Com a Revolução Industrial, houve um aumento da necessidade de mão de obra, de forma que a mulher ingressou no mercado de trabalho,³ deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família (DIAS, 2013, p. 28).

Com a utilização das máquinas, o trabalho artesanal, de natureza tipicamente familiar, não conseguiu concorrer com a produção fabril, razão pela qual houve uma marcante redução da renda artesanal, e os membros da família tiveram que procurar outras fontes de renda, trabalhando nas fábricas (LISBOA, 2013, p. 26).

Uma gradual repersonalização das relações familiares estava por acontecer, com enfoque na saída da mulher de sua casa para o exercício da jornada de trabalho e na quebra do ciclo de continuidade da atividade paterna pelos filhos, que passaram a desempenhar outros modelos de labor (LISBOA, 2013, p. 26).

A estrutura da família se modificou, tornando-se nuclear, restrita ao casal e à sua prole. Houve o término da predominância do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família saiu do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores, o que levou à aproximação de seus integrantes, sendo mais relevante o vínculo afetivo que os envolve. "[...] Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor [...]" (DIAS, 2013, p. 28).

No direito moderno, a família passou de uma organização autocrática para uma orientação democrático-afetiva. O núcleo de sua constituição trasladou-se do princípio da autoridade para o princípio da compreensão e do amor. As relações de parentesco substituíram o fundamento político pela vinculação biológica da consanguinidade (PEREIRA, 2013, p. 32).

A dispersão mundial de um novo modelo econômico, a partir do século XX, abalou as bases da família como instituição, dando início ao fim da concepção uniforme e conservadora de um único formato de família. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 52) elencam alguns acontecimentos que corroboraram para essa mudança:

A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um "LAR, Lugar de Afeto e Respeito"[...], tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade.

A sociedade avançou, sob a égide de novos valores, e o desenvolvimento científico alcançou limites nunca antes imaginados. Nesse cenário, tornou-se necessária a preocupação com a tutela da pessoa humana, ruindo o império do ter e sobressaindo a proteção do ser (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 40).

Os novos valores que permeiam a sociedade contemporânea rompem, de forma definitiva, com a percepção tradicional da família. A estrutura da sociedade moderna determina um arranjo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. A finalidade principal da família passa a ser a solidariedade social, bem como as outras condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso do homem, com a organização familiar regida pelo afeto como mola propulsora (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 40-41).

Desse modo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 41) ensinam, de maneira precisa, que:

[...] a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade,⁴ mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes.⁵

Dessa forma, é possível perceber que, progressivamente, com o surgimento do desenho de afeto no âmbito dos fatos, a família se insere em uma trajetória de direitos subjetivos: de espaço de poder se volta para o terreno da liberdade, do direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar (FACHIN, 2003, p. 6).

3. Família pós-moderna

Antes de qualquer consideração acerca da família pós-moderna, é importante mencionar o que se entende por uma sociedade pós-moderna. Trazen-

do esses conceitos para o regime jurídico-familiar, trata-se de um período de ausência de uniformidade acerca da definição da família, espaço no qual, há muito tempo, paradigmas – como o matrimônio, a união de pessoas de sexos diferentes e a filiação biológica – vêm sendo questionados.

Por sua vez, a partir da década de 1960, o feminismo e os movimentos de liberação sexual, ganhando feição revolucionária, realizaram um grande ataque contra a noção de família, então compreendida como um modelo centrado no matrimônio e na submissão (inclusive jurídica) da mulher e dos filhos ao poder patriarcal (SCHREIBER, 2013, p. 298).

Ao contrário da anunciada abolição da família, as décadas seguintes presenciaram, com perplexidade, um movimento em que as antigas vítimas do modelo dominante – mulheres, crianças, homossexuais etc. – passaram a pleitear não a ruptura com toda e qualquer perspectiva de família, mas o reconhecimento de uma nova visão, plural e igualitária, do espaço familiar (SCHREI-BER, 2013, p. 298).

A família contemporânea é sustentada pela solidariedade, pela cooperação e pelo respeito à dignidade de cada um de seus componentes, que se obrigam de forma recíproca em uma comunidade de vida (LÔBO, 2011, p. 27). "[...] Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea" (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 41, grifo nosso).

Do avanço tecnológico, científico e cultural decorre a supressão de fronteiras construídas pelo sistema jurídico-social clássico, possibilitando a formação de uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, favorável às influências da nova sociedade, que abrange consigo uma série de necessidades universais (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 42).

A passagem da família como uma unidade econômica para uma compreensão igualitária, orientada para a promoção do desenvolvimento da personalidade de seus membros, ratifica uma nova feição, agora fundada no afeto.⁶ Seu novo balizamento faz refletir um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Trata-se de um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade do homem (FARIAS; ROSEN-VALD, 2013, p. 42).

Como bem ressaltam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 42) "[...] afirma-se um caráter instrumental, sendo a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada".

Deixando de lado seu entendimento como núcleo econômico e reprodutivo, a família caminhou para uma compreensão socioafetiva, como exterio-

rização de uma unidade de afeto e entreajuda, o que teve como consequência o surgimento natural de novos arranjos familiares. O casamento não é mais o ponto referencial necessário, mas, sim, a busca da proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, dominando valores meramente patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 43).

Houve, portanto, uma alteração no conceito de unidade familiar, antes construído pela aglutinação formal de pais e filhos legítimos embasada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem como objetivo a ligação substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo como origem não apenas o casamento – e é integralmente orientado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros (TEPEDINO, 2008, p. 422).

A contemporaneidade possibilitou o entendimento da família como uma organização subjetiva fundamental para o alcance individual da felicidade. Além da família tradicional, fundada no casamento, outros modelos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea atribuiu à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 43).

A família deve ser compreendida como um verdadeiro sistema democrático, substituindo o caráter centralizador e patriarcal por um espaço aberto ao diálogo entre os seus componentes, em que a confiança recíproca é sempre buscada. Essa democratização⁷ da intimidade e do cenário familiar pode ser sustentada a partir da nova tábua axiomática do Direito Civil, com a promoção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia substancial (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 43-44).

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2013, p. 42) constata a existência de uma verdadeira democratização dos sentimentos, em que o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados. Cada vez mais é atribuído o direito de escolha às pessoas, podendo transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe seja mais atrativa e gratificante.

Maria Celina Bodin de Moraes (2008, p. 36) ensina que na família democrática não há direitos sem responsabilidades, bem como autoridade desprovida de democracia:

[...] A democratização no contexto da família implica, segundo Giddens, que a propõe, alguns pressupostos: igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social. Nesta família democrática distribui-se igualmente o poder de decisão, com relacionamentos

saudáveis entre seus membros, todos com iguais e adequadas oportunidades de falar e capazes e interessados em ouvir. O adjetivo democrático diz respeito à rejeição de qualquer discriminação e preconceito, à liberdade de decidir o curso da própria vida e ao direito de protagonizar igual papel ao forjar um destino comum.

A família democrática é aquela na qual a dignidade das pessoas que a compõe é respeitada, incentivada e tutelada. A família dignificada, ou seja, aquela compreendida pelo conceito de dignidade é, necessariamente, uma família democratizada (MORAES, 2008, p. 36).

A proteção da entidade familiar deve estar, obrigatoriamente, ligada à tutela do indivíduo, por meio dos princípios da Constituição. "[...] Por isso, desnivelar a proteção da pessoa humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional" (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 44, grifo nosso).

Desse modo, Gustavo Tepedino (2008, p. 422) ensina que:

[...] a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.

À luz das relações jurídicas da família na pós-modernidade, fica claro perceber a existência de um aumento da dimensão familiar, abrangendo valores e vivências subjetivas, formando um diálogo importante com os ramos do conhecimento, adquirindo um caráter plural, aberto e multifacetado, de forma a se fundar no afeto e na solidariedade recíproca (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 44).

Por sua vez, Roberto Senise Lisboa (2013, p. 31) destaca uma característica fática importante da entidade familiar pós-moderna. A reunião de toda a família, durante o dia, torna-se cada vez mais complicada, quase impossível, em especial nos grandes centros urbanos, o que repercute no regime jurídico-familiar.

Nos raros momentos em que a família pós-moderna consegue se reunir, pouco dialoga, cercando-se de outros atrativos que cada membro considera mais interessantes, como televisão, internet, música etc. (LISBOA, 2013, p. 31).

A sociedade da informação possibilita uma maior interação de cada componente da família com a coletividade local, regional, nacional e transnacional, ao mesmo tempo em que constrói verdadeiros espaços de privacidade das pessoas da família que vivem na mesma casa. "[...] A família pós-moderna interage com menor intensidade que a pré-industrial, porém as funções dos seus membros encontram-se redimensionadas em face da igualdade de direitos entre o homem e a mulher e da não discriminação entre os filhos" (LISBOA, 2013, p. 31).

Portanto, almeja-se, hoje, a garantia dos direitos da personalidade de cada membro do núcleo familiar, pouco importando o papel que exerce, seja genitor ou genitora, filho havido ou não havido do casamento etc. (LISBOA, 2013, p. 31).

Maria Berenice Dias (2013, p. 42) ressalta a perspectiva pluralista da família pós-moderna, aduzindo que:

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-la como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes.

O traço diferenciador da família pós-moderna é o afeto, de forma que ela pode ser conceituada como uma organização ou grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade (DIAS, 2013, p. 42).

Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p. 146), inclusive, estabelece que a família pós-moderna tem como uma de suas principais marcas o afeto, sem o qual ela não existe, ainda que haja formalmente um vínculo jurídico ligando determinados indivíduos.

Assim, Maria Berenice Dias (2013, p. 43) expõe sua visão acerca da família atual:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. 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, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

Ademais, a família da pós-modernidade busca sua identificação na solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo que predominara nos dois últimos séculos (LÔBO, 2011, p. 18).

A realização pessoal da afetividade, em um cenário de convivência e solidariedade, caracteriza a função básica da família do atual período. Suas antigas funções — religiosa, política, econômica e procracional — desapareceram ou passaram a exercer papel secundário. Mesmo a função procracional, com a marcante secularização do Direito de Família e a primazia do afeto, não carrega mais sua finalidade principal (LÔBO, 2011, p. 20).

No momento em que a entidade familiar deixou de ser entendida como base do Estado para ser um âmbito de realizações existenciais, manifestou-se uma tendência do indivíduo moderno de privatizar suas relações amorosas e afetivas, de impedir que sua esfera de intimidade esteja sob a tutela da sociedade, do Estado e, com isso, do Direito (LÔBO, 2011, p. 20).

A mutação social da família patriarcal para a família celular autoriza que as prestações vitais de afetividade e realização individual sejam alcançadas, perdendo importância a sua antiga natureza sagrada e os tabus que circunscrevem a maternidade e a paternidade, de modo a interessar mais sua formação natural e espontânea (MADALENO, 2011, p. 36).

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional, compreendida como uma unidade de produção e reprodução foi substituída por uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, formada a partir da afetividade e dotada de caráter instrumental (MADALENO, 2011, p. 28).

Ressaltando a influência da Constituição de 1988 na família brasileira, Giselda Hironaka, José Simão e Flávio Tartuce⁸ (2009, p. 505-506) elegem os principais paradigmas do novo cenário familiar:

[...] (1) a família plural [...]. O reconhecimento da família plural implica o dever de proteção, pelo Estado, a várias outras formas de configuração familiar [...]; (2) cidadania e dignidade humana, a significar que os diversos arranjos familiares impelem os operadores de Direito de Família a pensar em organização jurídica dentro do conceito de cidadania, ou seja, na perspectiva de inserção das diversas formas de configuração familiar, na valorização do indivíduo, no respeito à diferença. A valorização de princípios constitucionais, como o da

dignidade humana, passa a ser balizadora das decisões judiciais na área de família, [...]; (3) o afeto como valor jurídico, o que pode ser considerado como a quebra do paradigma da parentalidade biológica [...].

Ademais, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 44) trazem um conceito de família adequado ao atual momento do regime jurídico-familiar, definindo-a como o núcleo existencial composto por seres humanos unidos por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes, de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A partir de uma perspectiva pós-moderna, Anderson Schreiber (2013, p. 300) também traz uma importante definição da família, como um complexo de relações de natureza existencial, que vincula o seu titular a outras pessoas humanas, com base em fundamentos que podem ser bastante distintos entre si, como o parentesco, a afinidade e a afetividade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 45) também procuram elaborar uma definição da família pós-moderna, ressaltando que ela possui "[...] uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um".

Portanto, não se pode fugir da conclusão de que a família cumpre, na pós-modernidade, um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como espaço propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus componentes, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como elemento fundamental para a busca da felicidade (FARIAS; ROSEN-VALD, 2013, p. 48).

4. Família eudemonista

De início, vale ressaltar que o afeto estrutura e norteia a promoção da personalidade, bem como garante o pleno desenvolvimento do ser humano. A busca da felicidade, a supremacia do amor e a vitória da solidariedade possibilitam o reconhecimento do afeto como única maneira eficaz de definição da família e de preservação da vida. Para esse novo momento de identificação da entidade familiar por intermédio de seu envolvimento afetivo, surgiu um novo nome: família eudemonista (DIAS, 2013, p. 58).

A família eudemonista almeja a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus integrantes, na medida em que o eudemonismo repre-

senta a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade (DIAS, 2013, p. 58).

O reconhecimento do princípio eudemonista pelo sistema normativo modifica o sentido da tutela jurídica da família, deslocando-a da instituição para o indivíduo (DIAS, 2013, p. 58).

A família existe em razão de seus membros e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva a pessoa humana. É o que se chama de família eudemonista, marcada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus integrantes. Trata-se de um novo arranjo familiar, que traduz o deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 48).

Enquanto base da sociedade, a família, assim como outros institutos do Direito Privado, foi objeto de um verdadeiro processo de funcionalização, passando a ser dotada de uma função social. Da mesma forma que a propriedade, o contrato e a empresa, a família também exerce um papel importante e, frente ao aspecto teleológico, é qualificada por uma funcionalidade (GA-GLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 62).

Nesse cenário, "[...] a família, hoje, tem a função de permitir, em uma visão filosófica-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização dos seus projetos pessoais de vida" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 63).

A família eudemonista caracteriza aquela organização familiar que busca a felicidade individual e vivencia um processo de emancipação de seus membros. "[...] O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade" (MADALENO, 2011, p. 25).

A percepção da entidade familiar oriunda da Constituição de 1988 tem a função única e específica de fazer valer, em seu âmbito, a dignidade dos seus integrantes como forma de assegurar sua felicidade pessoal. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento e todos os demais sentimentos humanos devem ser vivenciados conjuntamente nesse espaço de afeto e respeito (ALVES, 2010, p. 131).

Biológica ou não, decorrente do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, enfim, a estrutura não importa. Tampouco importa o lugar que o indivíduo ocupe em sua organização, se de pai, de mãe ou de filho. O importante é pertencer ao seu âmago, estando naquele espaço idealizado em que é possível integrar

sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal (HIRONAKA, 2003, p. 1).

A teoria e a prática das instituições de família estão sujeitas, em última análise, à competência em dar e receber amor. A família está mais empenhada do que nunca em ser feliz, de forma que a sua manutenção tem como objetivo principal a busca pela felicidade. Não é mais obrigatório manter a família, razão pela qual ela só sobrevive quando vale a pena (DIAS, 2013, p. 43), implicando a felicidade de seus membros.

Com base em relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se a perspectiva eudemonista da família: "[...] não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade" (FACHIN, 2003, p. 32).

Nesse contexto, de acordo com Carlos Eduardo Ruzyk (2005, p. 28), a família eudemonista não se orienta pelo alcance da felicidade puramente individual. Por óbvio, a felicidade individual é importante, mas desde que se submeta a um espectro coexistencial:

[...] a tutela jurídica da busca da felicidade por meio da família diz respeito a uma felicidade coexistencial, e não puramente individual. Por evidente, não se trata o eudemonismo constitucional de busca hedonista pelo prazer individual, que transforma "o outro" em instrumento da satisfação do "eu". Se a relação familiar pode ser vista como instrumento, os entes que a compõem não são objetos uns dos outros. Uma concepção desse jaez aviltaria a dignidade dos componentes da família, por meio de sua reificação. O dever-ser da família constitucionalizada impõe respeito e proteção mútua da dignidade coexistencial de seus componentes.

5. Conclusão

A família sempre exerceu papel de extrema importância em diversas sociedades. A busca pelo sentimento de unidade, auxílio e satisfação de interesses próprios e comuns acabou fazendo com que a entidade familiar se transformasse em elemento basilar para o desenvolvimento das relações sociais.

Fonte de exclusão, as relações familiares começaram a ser reinventadas para originar um espaço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, no qual a realização das individualidades se exterioriza na paixão e amadurece no amor que une e elimina barreiras. É a tentativa de superar essa

discriminação histórica e cultural sem gerar aniquilamentos ou supremacia (FACHIN, 2003, p. 116-117).

Mesmo porque a repersonalização do Direito das Famílias, que representa a valorização do ser humano em suas relações familiares, significa que não é a família em si que merece tutela, mas o indivíduo, destinatário principal da proteção jurídica, que deve ter asseguradas sua dignidade e liberdade de constituir família.

Em verdade, a trajetória da família demonstra que sua feição pós-moderna se funda no afeto, na solidariedade e no respeito à dignidade de seus integrantes, tornando-se um espaço privilegiado para a promoção e para o desenvolvimento de sua personalidade.

6. Notas

¹ Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília-UnB. Professor Voluntário de Direito Civil da UnB.

² Ressalte-se, entretanto, que o modelo clássico da família, influenciado pelo Direito Romano, ainda encontrou ressonância no Código Civil francês de 1804: "Retomam-se, mais tarde, essas fontes, e em torno do Código Civil francês de 1804 se compôs o modelo clássico, a família patriarcal e hierarquizada" (FA-CHIN, 2003, p. 65).

³ Nesse momento, vale mencionar um trecho da palestra da antropóloga Helen Fisher (2006, tradução nossa), que aborda a questão da entrada da mulher no mercado de trabalho: "Eu pesquisei entre 130 e 150 sociedades por meio dos dados demográficos da ONU e em 129, de 130 dessas sociedades, as mulheres não estão apenas entrando no mercado de trabalho, mas estão, lentamente, diminuindo o abismo entre homens e mulheres em termos de poder econômico, saúde e educação. É um processo muito lento, mas, de fato, as mulheres estão retornando ao mercado de trabalho. Eu digo retornando, pois esse fenômeno não é novo. Por milhões de anos, em algumas regiões da África, as mulheres se juntavam e faziam a colheita de legumes. Elas retornavam às suas casas com cerca de 60% ou 80% da refeição noturna. A família com duplo provimento era o padrão. As mulheres eram vistas tão poderosas econômica, social e sexualmente quanto os homens. Em resumo, estamos, na verdade, avançando para o passado".

⁴ Nesse sentido, Giselda Hironaka (2003, p. 1) ensina: "A respeito de qualquer sociedade que se mencione, arcaica ou recendade."

te, ocidental ou oriental, bem-sucedida ou não, cuja trajetória tenha contribuído mais, ou menos, para a formação do arcabouço histórico de todo o ciclo que o ser humano desenha sobre a face da terra, enfim, a respeito de qualquer sociedade, dois polos são sempre obrigatoriamente referidos, como essencialmente integrantes de sua conjuntura: o polo econômico e o polo familiar".

⁵ Essa é a mesma orientação de Luiz Edson Fachin (2003, p. 49): "Parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais".

⁶ Fazendo um contraponto a essa visão da família fundada no afeto, Belmiro Pedro Marx Welter (2012, p. 131) observa que: "Deve ser desmistificada a ideia de que na família é conjugado somente o verbo amar, porque ela encobre o mundo do desafeto, da desunião, da guerra familiar, da desumanidade, do preconceito, da ofensa física e verbal, da ausência de solidariedade. [...] Quando o intérprete compreender que na família está automaticamente inserida a linguagem desafetiva, a partir daí estará em condições de compreender a linguagem familiar, do amor, do afeto, da harmonia, do diálogo, da hermenêutica, da igualdade, da paz entre os seus membros". Isso significaria, ainda de acordo com Belmiro Pedro Marx Welter (2012, p. 132): "[...] que a família pode ser afetiva e, outras vezes, desafetiva, contendo afeto, desamor, violência doméstica e familiar, uma vez que, ao mesmo tempo, cega e ilumina os humanos, fazendo parte da existência, da linguagem e da condição humana, do modo de ser-no-mundo-afetivo-e-desafetivo [...]".

⁷ Isso é tão importante para a sociedade que a antropóloga Cynthia Andersen Sarti (2000, p. 48) constata que: "A experiência de democratização da vida cotidiana familiar reflete-se no plano da cidadania, ao prover os indivíduos de recursos para participar democraticamente na esfera pública, a partir da internalização do princípio da autonomia que potencializa sua capacidade de discernir, julgar e escolher".

⁸Os autores destacam ainda os temas que mais se modificaram com a percepção da família atual: "[...] (1) a parentalidade socioafetiva, envolvendo tanto direitos quanto responsabilidades; (2) o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares e, portanto, também a adoção por pares homoafetivos; (3) a indenização por abandono afetivo; (4) a guarda compartilhada; (5) o reconhecimento da obrigação alimentar dos avós; (6) a união estável, bigamia, namoro, contrato de namoro; (7) a culpa na separação; (8) a mediação como forma de desfragmentação de conflitos familiares; (9) a possibilidade de separação, de divórcio e de inventário pela via extrajudicial – Lei nº 11.441/2005; (10) o combate à violência doméstica, pela aplicação plena do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, da Lei Maria da Penha; [...]" (HIRONAKA; SIMÃO; TARTUCE, 2009, p. 506).

7. Referências Bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo:* a possibilidade de aplicação da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEN-VALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias.* 5. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2013.
- FISHER, Helen E. Why we Love, why we cheat. Palestra proferida à entidade Americana Technology, Entertainment, Design TED. fev. 2006. Disponível em: <www.ted.com/talks/helen_fisher_tells_us_why_we_love_cheat.html>. Acesso em: 26 dez. 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLO-NA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família* – as famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Livro Eletrônico).
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. *Jus navigandi*, Teresina, ano 8. n. 65. mai. 2003. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/4095>. Acesso em: 19 abr. 2014.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. O código civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009. p. 463-520. (Livro Eletrônico).

- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de di*reito civil: direito de família e sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 29-42.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Institui*ções de direito civil: direito de família. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Fa-mílias simultâneas:* da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- SARTI, Cynthia Andersen. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000. p. 39-50.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.* 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria tridimensional do Direito de Família. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 71, p. 127-148, jan./abr. 2012.



Constitucionalidade da Lei Seca

Roberta Almeida de Sousa¹

1. Introdução

O presente estudo tem como escopo apontar na Lei de Trânsito, Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008 (conhecida como Lei Seca), os princípios constitucionais, como o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da legalidade, o princípio da não obrigatoriedade de produção de provas contra si mesmo, o princípio da legalidade, o princípio da livre iniciativa, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que se harmonizam e confrontam-se, em tese, com a Carta Magna de 1988. Assim, o trabalho que se apresenta tem como escopo trazer à tona a reflexão em referência ao Novo Código de Trânsito Brasileiro.

A nova lei de trânsito vem sendo bastante debatida não só no meio jurídico como também no social, todavia, por ser um assunto recente, ainda não há doutrinas publicadas, ou jurisprudência sobre o tema até o presente momento. Porém, este trabalho terá como meio de pesquisa e questionamentos a própria Constituição Federal de 1988, que consagra os princípios que serão discutidos.

Os princípios abordados encontram-se todos, ou, em sua maioria no art. 5º da CRFB/88. Portanto, serão trazidos ao debate ao longo do trabalho esses princípios constitucionais visando demonstrar a legalidade de cada um deles.

O artigo desenvolvido tem o objetivo de elucidar e trazer a discussão do tema que, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.705/2008, trouxe em seu

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 275-288 - UCAM (Rio de Janeiro)

bojo grandes revoluções no meio social, já que houve uma mudança no hábito dos brasileiros, e, ainda, demonstrar como o âmbito judicial e social vem se posicionando a essa Nova Regra.

A pesquisa desenvolvida é de grande valia e justificativa, tendo em vista a atualidade do tema e sua grande repercussão, tem como objeto central a resolução, ou, pelo menos expor discussões em torno do tema escolhido, servindo, assim, não só para operadores do direito, mas também pessoas comuns, que queiram se inteirar acerca do assunto.

2. Abordagem constitucional

O artigo desenvolvido tem como apoio ao seu desenvolvimento a Constituição Federal/88, que serve como cerne basilar do ordenamento jurídico formado por seus princípios que serão abordados de forma clara a seguir, e traçando sua aplicação na Lei nº 11.705/08. O traço que se deve estabelecer com a chamada lei seca é justamente o fato de que o número de acidentes, por exemplo, diminuiu drasticamente; essa, talvez, seria a maior defesa contra aqueles que a atacam do ponto de vista constitucional.

Primeiramente, o princípio que deve ser trazido à discussão é o da razoabilidade, que tem origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica. Entende-se por razoável aquilo que se encontra dentro de limites aceitáveis. Princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom senso, aplicada ao Direito.

Esse bom senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que é o seu espírito. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Tendo em vista que o citado princípio busca restringir excessos cometidos pelo legislador, alguns juristas, que opinaram sobre o tema de forma informal, argumentaram que o princípio em tela foi desrespeitado, a partir do momento que a Lei nº 11.705/08 trouxe sanções extremamente rigorosas, ao passo que antes da entrada em vigor da referida Lei a redação do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro tratava de forma mais branda a quantidade de álcool no sangue para fins de comprovação da incapacidade do motorista em conduzir veículo automotor.

Quanto ao princípio da proporcionalidade que emana do direito suíço e alemão, ressalta-se que esse princípio está em fase de evolução e está sendo

introduzido em alguns ordenamentos jurídicos. Assim, tem-se que o princípio da proporcionalidade tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas.

Por força deste princípio, não é lícito à Administração Pública valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada. Visa-se, com isso, a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Outro fator que chama grande atenção dos operadores do direito, juristas e todos aqueles que se comprometem com o estudo do direito é a semelhança entre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, seu grande paralelo é no que tange ao poder de controlar os excessos dos atos do poder público. O fundamento para esse princípio é de que o Estado deve atuar quando a situação reclama sua intervenção, sendo que essa intervenção deve ocorrer de forma equilibrada, sem o excesso de poder que se busca através da proporcionalidade restringir.²

Outro princípio que será debatido é o da supremacia do interesse público, este pode ser tranquilamente aplicado, pois o fundamento do interesse público é o de que toda vez que o Estado atuar deve ter como maior beneficiário a coletividade. A finalidade da lei sempre será a realização do interesse público, entendido como o interesse da coletividade. Cada norma visa à satisfação de um determinado interesse público, mas a concretização de cada específico interesse público concorre para a realização do interesse público em sentido amplo (interesse comum a todos os cidadãos).

O interesse público deve ser conceituado como interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade. O preceito que acompanha o referido princípio é de que sempre que houver conflito entre o interesse público e o privado, aquele sempre prevalecerá. Afinal, a partir do momento em que o Estado passou a adotar o chamado do "Estado do bem-estar", o interesse público passou a ser uma das principais buscas do Estado, para a satisfação das necessidades da coletividade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra, conceitua o princípio do interesse público afirmando que o interesse público, portanto, nada mais é do que uma dimensão, uma determinada expressão dos direitos individuais, vista sob um prisma coletivo.³ Dessa forma, como a lei veio para resguardar, também, direitos individuais, como o direito à vida, e também coibir a vio-

lência no trânsito, deve-se, então, levar em consideração a aplicação do citado princípio.

O último princípio que será discutido neste artigo é o da não obrigação da produção de provas contra si mesmo, compreendido no art. 5º, inciso LXIII, da CRFB/88, onde é conceituado que ninguém em qualquer hipótese será compelido a produzir provas que futuramente possam a vir comprometê-lo em processo judicial. Assim, com certeza, a maior discussão acerca da nova lei que modificou o CTB, no meio jurídico, é relativa à obrigação de o motorista submeter-se ao teste do bafômetro e criando uma sanção em caso de recusa do condutor de se submeter ao teste.

Essa sanção criada pela lei fere frontalmente os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e consequentemente ao da não obrigação de produção de provas contra si mesmo, já que obriga o motorista a produzir uma prova que poderá e será usada contra ele no processo judicial que responderá, caso esteja fora dos parâmetros exigido pela lei.

Para Alexandre de Moraes, o princípio da ampla defesa assegura ao réu condições que possibilitem trazer para o processo elementos que tendem a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, caso entenda necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, pois todo ato produzido pela acusação caberá igual.⁴

Tais princípios são feridos, pois não há como o motorista esquivar-se da prova já produzida, caso haja processo judicial, pois a arguição de sua defesa e o contraditório não valerão de nada, eis que já produziu prova contra si mesmo.

Nesse sentido, o motorista, ao se submeter ao teste do bafômetro, produz provas contra si mesmo, o que viola o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de prejudicar a ampla defesa e o contraditório.

3. Principal finalidade da lei

Considerando que a modernidade e tecnologia automotiva vem acompanhando o processo evolutivo da sociedade, torna-se importante lembrar que o principal meio de transporte nos três séculos passados era feito por animais. Até que em 1885 o alemão Karl Benz produziu o primeiro carro com fim comercial, curiosamente só com três rodas. Nesse sentido, pode-se dizer que a era automobilística nasceu no Brasil no dia 25 de novembro de 1891, quando desembarcou no cais santista, do navio Portugal, o primeiro carro importado, adquirido pelo jovem inventor do avião, Alberto Santos Dumont, que mais tarde seria conhecido como o Pai da Aviação (no Brasil).⁵

O carro era um reluzente Peugeot, com motor Daimler a gasolina, de 3,5 cv e dois cilindros em V, conhecido pelos franceses como *voiturette*, por ser muito parecida com uma charrete. Assim, no Brasil, o primeiro carro que rodou em ruas e avenidas foi em 1891, todavia o primeiro Código de Trânsito brasileiro só veio em 1941, através do Decreto-Lei nº 2.994.6

Atualmente, o automóvel é de extrema importância, servindo para alguns como instrumento de trabalho, para outros como comodismo e lazer, ou mesmo para emergências em situações de risco de vida. Dessa forma e com o aumento da dependência do transporte automotivo da sociedade, o Poder Público deparou-se com um problema que aflige diversas cidades do país: a necessidade de uma melhor regulamentação, ditando regras mais atualizadas com o tempo em que se vive. Foi então que o Congresso Nacional em 23 de setembro de 1993 promulgou a Lei tombada sob o nº 9.503/1997,7 que entrou em vigor somente no dia 22 de janeiro de 1998. O Código de Trânsito Brasileiro regula, define diversas atribuições de órgãos e autoridades que são responsáveis pela vigilância do cumprimento do CTB. A presente Lei estabelece, por exemplo, diretrizes para a Engenharia de tráfego, estabelecem normas de condutas, infrações e penalidades a usuários das vias de trânsito.

Porém, como o trânsito é assunto de suma importância e interesse nacional, faz-se necessário temporalmente rever e criar um novo ordenamento capaz de suprir as necessidades e problemas causados pelo aumento de veículos entre os brasileiros, ou seja, faz-se necessário um ordenamento jurídico que possa regular essa imensa quantidade de veículos.

Conforme a Carta Magna de 1988, em seu artigo 22, inciso XI, consolida que compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte público. Cabe ressaltar a nível de informação que a competência privativa difere da exclusiva, tendo em vista que a exclusiva não admite delegação, enquanto a privativa permite a delegação, conforme própria disposição do parágrafo único do referido artigo, ao passo que através de Lei Complementar permite aos Estados legislarem sobre questões específicas das matérias referidas no aludido artigo.

Dessa forma, surgiu a necessidade do Poder Público, usando da sua competência legislativa privativa prevista no artigo 22 da Constituição da República de 1988, regulamentar um problema atual, que vinha se tornando a grande tônica do trânsito brasileiro, que era o grande aumento do número de acidentes causados pelo consumo excessivo de bebida alcoólica conjugada muitas vezes com o excesso de velocidade, aumentando consideravelmente o número de mortos em rodovias e ruas das cidades em todo o país.

Tal lei tem a finalidade de evitar ou reduzir as sérias e desastrosas consequências da união álcool/direção para prevenir os acidentes que tiram vidas

humanas, em especial jovens mais arrojados e menos providos de responsabilidade, que consiste na fiscalização regular e contínua, porém, nos liames da legalidade.

Esse artigo é de extrema necessidade e importância, tendo em vista que, para criar qualquer discussão sobre a nova lei de trânsito, se faz necessário primeiramente entender, de maneira sucinta e geral, o CTB vigente no país e sua evolução e necessidade de constante mutação para que jamais perca sua capacidade regulamentadora e possa atender com dignidade e eficácia os anseios sociais.

4. A constitucionalidade da lei nº 11.705/2008

Inicialmente, é fundamental perscrutar acerca da constitucionalidade e juridicidade das proibições de venda de bebidas alcoólicas em certos estabelecimentos, com a fixação de horário para essa comercialização. Essas proibições constituem expedientes bastante utilizados atualmente em nosso país, como forma de se tentar conter o incremento dos índices de violência, sendo denominada "lei seca".

Em termos jurídicos, as proibições mencionadas encontram-se no âmbito do chamado "poder de polícia administrativa", que é conferido a determinado ente estatal para regularizar certas atividades particulares, guardando consonância com o interesse público. Neste sentido, Hely Lopes Meireles afirma que o poder de polícia administrativa consiste na faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.⁸

A venda de bebida alcoólica é uma atividade econômica particular absolutamente lícita. Porém, deve respeitar a regulamentação estatal pertinente, como qualquer outro setor privado, visando a sua adequação aos interesses de toda a coletividade. A chamada "lei seca", em sua conotação inserida na atual realidade brasileira, como medida restritiva e de não proibição absoluta e total, como ocorrera nos Estados Unidos entre os anos de 1919 e 1933, não possui qualquer óbice material quando há o encontro com a Constituição Federal de 1988.

Outros diplomas legais igualmente estabelecem a aplicação do poder de polícia administrativo, inclusive definindo-o, como é o caso do artigo 78 do Código Tributário Nacional. Em relação a este último dispositivo legal, jamais se ousou apontá-lo como inconstitucional. Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 170 e seguintes, tratando da ordem econômica e financeira, mesmo assegurando o princípio da livre iniciativa, não deixa de indicar que

o Estado exercerá, na forma legal, a função de agente normativo e regulador da atividade econômica, inclusive em relação às atividades exercidas por particulares.

Dentro desse papel regulador do Estado, não pode restar dúvida de que existe a possibilidade de, observando o interesse coletivo, ser disciplinada a atividade econômica de venda de bebidas alcoólicas, inclusive limitando os locais e horários de comercialização do referido produto. Essa regulamentação constitui opção política do ente estatal pertinente que, sem proibir integralmente a comercialização, apenas regula referida atividade econômica, sem afrontar o princípio da livre iniciativa na atividade econômica, prescrita na Constituição Federal.

Vencida a questão da constitucionalidade material, passa-se a analisar quem poderá expedir essa regulamentação genérica proibindo a venda de bebida alcoólica em determinados locais e horários, bem como qual instrumento normativo poderá ser utilizado para tanto.

O poder de polícia é inerente a todas as esferas da Administração Pública, ou seja, é repartida entre União, Estados e Municípios, de formas comuns, concorrentes ou exclusivas, dependendo do assunto a ser tratado. No caso específico da restrição à comercialização de bebidas alcoólicas, trata-se claramente de assunto de interesse local, cabendo apenas ao município discipliná-lo, nos termo do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal.

A respeito, o Supremo Tribunal Federal, em mais de um julgamento, já estabeleceu que o município é competente para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial, regulando a atividade econômica local em benefício da coletividade.

Somente o município pode disciplinar o referido assunto, sendo a iniciativa desses estados-membros absolutamente inconstitucional em sua forma, pois viola o artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, bem como o Enunciado Sumular nº 645 do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, o artigo 174 da Constituição Federal é explícito em indicar que o ente estatal atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei.

O que se extrai desse comando, conjugado com o princípio da legalidade genérica, prevista no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, é de que o instrumento normativo adequado para disciplinar o comércio de bebidas alcoólicas por parte do município deverá ser uma lei em sentido estrito, passando por todo o processo legislativo pertinente, com iniciativa, votação, promulgação, sanção e publicação, em atos de que participem os Poderes Legislativo e Executivo Municipal.

Esta circunstância faz com que se afaste, por inconstitucional, qualquer tentativa de se estabelecer mecanismos de restrição à venda de bebidas alcoólicas por atos normativos infralegais, como portarias e resoluções, atos exclusivos do Poder Executivo local.

Ainda neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3691/MA – ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio, referente à Portaria nº 17/2005-ASPLAN/SSP, de 25/10/2005, editada pela Secretaria de Segurança Pública do Maranhão, se manifestou acerca da constitucionalidade de restrição ao comércio de bebidas alcoólicas, desde que realizada pelo município, nos termos do artigo 30, I, da Constituição Federal, utilizando para tal, como instrumento normativo, lei em sentido formal e estrito.

Baseando-se nos parâmetros mencionados, desde que sejam cumpridas as exigências de competência constitucional e utilização de instrumento normativo adequado, o estabelecimento de restrição à comercialização de bebidas alcoólicas a certos locais e horários é consonante com a Constituição Federal.

Assim, o Estado, com o advento da CRFB/1988, passou ao posto de principal promotor do bem-estar social, tendo que garantir meios aos cidadãos para que este não tenha seus direitos e garantias individuais violados. Dessa forma, cabe ao Estado, dentro de sua competência legislativa, garantir leis que protegem os cidadãos que estão sobre sua tutela. Foi diante do grande número de acidentes de trânsito causados por motoristas que dirigem alcoolizados que o Estado se viu obrigado a agir para conter esse elevado números de vítimas, que morrem ou se lesionam em acidentes dessa origem.

Com a edição da nova lei de trânsito nº 11.705/2008, o legislador brasileiro endureceu as regras e, por consequência, as sanções aos motoristas que são pegos dirigindo sob o efeito de álcool ou qualquer substância psicoativa, ou seja, qualquer substância que diminua a capacidade em conduzir veículo automotor, não só aplicando punições aos motoristas, mas também determinou que os estabelecimentos que comercializam qualquer bebida alcoólica sejam obrigados a colocar em seu recinto avisos lembrando aos motoristas que constitui crime dirigir sob influência de álcool. O que se percebe, portanto, com a nova lei, é que além do caráter punitivo há também o lado educativo.

Essa lei de trânsito não é exclusividade do Brasil, outros países já adotavam a forte repressão contra o motorista que dirige embriagado; trata-se de uma política mundial de combate a esse mal que assola vários países. Todos esses países adotam duras leis contra aqueles que ousem em dirigir em estado alco-ólico acima do permitido em lei.

A nova lei que o Brasil passou a adotar é um sistema que tem como característica a pouca, ou quase nenhuma, tolerância com que a viola, por isso vem sendo conhecida como uma lei de "tolerância zero", aplicando penalidades administrativas e criminais bastante rigorosas. Esse grande rigor positivado pelo legislador aparece já em seu artigo 1º, que traz quais são as finalidades, que é a de estabelecer um nível de alcoolemia 0 (zero), e impondo de modo mais severo as punições aos motoristas que dirigir sob a influência de álcool.

Dispõe, ainda, o artigo 1º, estendendo de forma surpreendente sua área de abrangência, restrições ao uso de propaganda de bebidas alcoólicas, e obrigando recintos que comercializem bebidas alcoólicas a fixar em seus recintos avisos que dirigir sob influência de álcool constitui crime. Esses parâmetros rigorosos geraram grandes discussões no meio social e jurídico, pois no país nunca havia sido promulgada uma lei com fundamentos tão rigorosos para regular o trânsito.

Mesmo tendo tantos pontos discutíveis sobre sua constitucionalidade, que serão ainda aqui discutidos, a Lei nº 11.705/2008 inicialmente está em consonância com o ordenamento constitucional, pois emanou do Poder Legislativo, entrou em vigor respeitando todos os trâmites legais e dispostos na legislação pátria, e também tem como principal objetivo a busca do interesse público, que deve pautar todas as decisões emanadas da Administração Pública, seja ela indireta ou direta, conforme mandamento da CRFB/1988 em seu artigo 37, que consagra os princípios norteadores que devem pautar a atuação do Poder Público.

Ponto de grande divergência na nova lei de trânsito encontra-se no âmbito da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Essa discussão acalorou-se em alguns pontos determinados da lei por aparentemente afrontar princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Pela grande extensão do tema serão aqui discutidos somente aqueles que geraram maior repercussão. O primeiro tema que gerou grande discussão foi a medida provisória publicada em 22 de janeiro de 2008, e que depois foi convertida na Lei nº 11.705/2008, que proibiu a venda de bebidas alcoólicas nas extremidades das rodovias federais, com o escopo de impedir que motoristas tivessem acesso a bebidas alcoólicas e depois pegassem a estrada. Isso gerou muita revolta e transtornos para os donos de bares e restaurantes que estão nos limites delimitados pela lei.

A proibição foi mantida na promulgação da lei, transformando-se no artigo segundo da referida lei. Mas, mesmo diante de tanta discussão e reclamação, a primeira Ação Direta de Inconstitucionalidade que chegou ao Supremo Tribunal Federal foi a proposta pela associação de bares e restaurantes de São

Paulo, esta foi protocolada, somente, no Supremo Tribunal Federal, no dia 04/07/2008.9

O artigo 2º da Lei Seca, que proibiu a comercialização de bebidas alcoólicas em determinados estabelecimentos, está no âmbito do poder de polícia do Estado. Esse poder é conferido à Administração Pública para regularizar certas atividades particulares, guardando, contudo, sua atuação a busca do interesse público.

O professor José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra de Direito Administrativo, conceitua poder de polícia como sendo a prerrogativa do direito público que, calçada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.¹⁰

Sendo assim, a administração, investida de seu poder de polícia através de seus entes federativos, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, vem regulamentando e fiscalizando os recintos referidos na Lei nº 11.705/2008 em seu art. 2º, estabelecendo que são vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.

O que se consegue extrair do referido artigo e seus parágrafos é a via que o Estado usou para controlar abusos por partes dos tutelados por ele; aqui fica claro que a lei não só proíbe o motorista, mas por via reflexa quer também restringir as possibilidades do acesso a bebidas alcoólicas.

Suprimindo os interesses de terceiros donos de bares e restaurantes que atuam nessa área, também acaba por mexer na economia do setor e, por consequência diminuindo a renda do trabalhador, todavia, em tese, o Estado garante que o acesso do motorista a bebida com teor alcoólico ficará mais difícil, dando assim com a proibição maior efetividade para a lei.

A lei em nenhum momento proíbe o comércio de bebidas, como não veda o comércio de armas, como se propalou no passado recente, nem a livre iniciativa. Impõe restrições que a própria Constituição admite. O artigo 5º é expressivo quando afirma que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...". Vale dizer: o direito não é absoluto, está sujeito às restrições impostas pela lei e pela própria Carta.

Reside nesse ponto uma difícil solução, pois envolve nessa questão dois princípios constitucionais, que é a razoabilidade e proporcionalidade e o princípio da supremacia do interesse público. Entretanto, cabe ao governo, através

de seu poder de polícia, primar pela segurança, e bem-estar da coletividade, evitando as radicalidades e fazendo com que o princípio do interesse público esteja caminhando junto com a razoabilidade e a proporcionalidade dispostas nos ensinamentos do Direito Administrativo Brasileiro. Caso se consiga essa estabilidade, estará disposta a constitucionalidade da Lei Seca.

5. Conflito entre os princípios constitucionais e a nova lei

Na pressa de dar uma resposta à sociedade, que noticiava todos os dias casos de acidentes causados por excesso de bebidas alcoólicas, e de fazer valer a elevação da punibilidade da embriaguez ao volante, o legislador foi além e, como visto, corroborou a já existente imposição de penalidades administrativas (multa, retenção do veículo e suspensão do direito de dirigir) ao motorista que conduzir veículo sob a influência de álcool ou de substância psicoativa, em qualquer quantidade, considerando-se "caracterizada" esta circunstância, dentre outros "meios de prova", pela simples percepção do agente de trânsito de "notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor" apresentados por parte do condutor ou pela mera recusa deste em se submeter aos procedimentos previstos no caput do art. 277 do mesmo diploma legal.

Outra grave disposição da lei está no parágrafo 3º, quando dispõe que o motorista pode ser obrigado a submeter-se ao exame de alcoolemia ou etilômetro, mais conhecido como bafômetro. Esta imposição da lei fere o princípio da não obrigação de produzir provas contra si mesmo. Esse princípio que tem amparo na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LXIII, garantindo ao réu o direito de se não autoincriminar, esse princípio foi ratificado pelo decreto 678 de 6 de novembro de 1992, data em que foi ratificado o Pacto São José da Costa Rica.

Em termos processuais, o legislador cometeu uma falha grotesca, erros que colocam toda a segurança jurídica em jogo.

Sendo assim, o motorista não está obrigado a ceder seu corpo ou parte dele para fazer prova que futuramente possa se voltar contra ele. Em outras palavras não está obrigado a ceder sangue, não está obrigado a soprar o bafômetro. Havendo recusa por parte do motorista, resta o exame clínico, que é feito geralmente nos institutos médicos-legais. Então, o motorista surpreendido em uma abordagem policial pode recusar-se a fazer o teste do bafômetro ou exame de sangue, não podendo, entretanto, recusar-se a fazer exame clínico.

Assim sendo, o ônus da prova acusatória da embriaguez recai integralmente sobre os órgãos estatais ligados à persecução penal, o que vem a ratificar que a falha cometida pelo legislador ganha tom ainda mais atentatório à Carta

Magna se percebermos que a aludida prova produzida sob o jugo da ameaça institucionalizada vem servindo para fundamentar a prisão em flagrante.

Ponto que não pode passar despercebido é o poder que foi concedido aos policiais, pois, pela nova redação, passaram a ser fiscais de sinais de embriaguez, tendo em vista que diante da recusa do motorista em fazer qualquer exame, a não ser o qual é compelido a fazer como esclarecido, o único meio de prova utilizada pela autoridade coatora será a capacidade do policial em reconhecer o estado de embriaguez do motorista.

Por derradeiro, não se pode deixar de fazer menção ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, uma vez que os defensores da Lei nº 11.705/2008 usam como argumento, para justificar tamanho rigorismo, que, através de uma lei mais rigorosa, houve uma diminuição do número de acidentes e, consequentemente, de mortos, sendo assim, se há conflito entre princípios, este prevalece, uma vez que está tutelando a vida, então este prevalece sobre o interesse particular.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público tem como objetivo sempre a procura do interesse público, ou seja, sempre que o Estado atua para beneficio da coletividade deve sempre ter como sua finalidade final a busca do interesse público.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, em sua grande maioria, sustentam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional. Os juristas, em geral, enfrentam a temática com grande naturalidade e, de fato, prevalece o panorama de um pensamento pacificado, para o qual a existência do princípio em comento não ensejaria qualquer contestação.

Dentre os mais renomados administrativistas brasileiros, destaca-se, como grande defensor do princípio da supremacia do interesse público, o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, que elabora seu discurso partindo de uma preliminar conceituação de interesse público, estende-se até os efeitos gerados pela aplicação do princípio decorrente de tal conceituação ao direito administrativo pátrio.¹¹

É sem dúvida um direito constitucional. Porém, se há conflitos de direitos, ainda que sejam constitucionais, deve-se primar sempre pelo interesse público. E é exatamente o que ocorre nesse caso. O questionamento se dá sobre o que vale mais: a segurança no trânsito ou a reserva de alguém ao revelar possível estado de embriaguez. A balança sempre deverá pender para o lado da supremacia do interesse público.

6. Considerações finais

Diante do exposto, pode-se concluir que os acidentes de trânsito tornaram-se uma verdadeira epidemia pelo mundo todo, causando, aproximadamente, 35 mil mortes anuais por acidentes de trânsito só no nosso país.

Entretanto, esses acidentes não precisam ocorrer e podem ser evitados através da mudança do comportamento do cidadão nas estradas brasileiras.

A Lei nº 11.705/08 nada mais é que o endurecimento da fiscalização de motoristas que dirigem embriagados ou sob o efeito de drogas. Houve um empenho geral e eficaz no pouco tempo da lei.

Ações pontuais não têm o poder de quebrar paradigmas e não provocam mudança de comportamento.

Precisa-se de um sistema de fiscalização mais eficiente e constante para que haja essa mudança de comportamento.

Além disso, a violência em si, o consumo exagerado de álcool, em especial aquele oriundo da venda em determinados horários, provoca rixas e perturbações de sossego, atingindo em cheio o interesse coletivo. Quanto à eventual afronta à liberdade individual provocada pela chamada "lei seca", igualmente tal afirmativa não pode ser considerada.

De fato, é cediço que nenhuma liberdade ou direito é absoluto, somente podendo persistir até o momento em que não conflite com o interesse social. Desde que aplicada de forma genérica, sem privilégios ou atitudes discriminatórias, a "lei seca" não afronta qualquer liberdade constitucional. Ao contrário, harmoniza a livre iniciativa econômica aos ditames do bem comum.

Além dessa mudança de comportamento, é imprescindível o efetivo investimento na educação no trânsito, para se criar uma nova cultura sobre a mistura de álcool e direção de veículo automotor, e desta forma haver uma visível queda desses números de acidentes automobilísticos, como houve em grande parte do país.

7. Notas

- ¹ Aluna da pós-graduação do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes –Unidade Centro.
- ² PAZZAGLINI, Marino Filho. *Princí*pios Constitucionais Reguladores da Administração Pública. São Paulo: Atlas. p. 43.
- ³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88.
- ⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42.
- ⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100.
- ⁶ LOURES, Carlos. Pai da Aviação. Disponível em: <www.vidaslusofonas. pt/santos_dumont.htm>. Acesso em: 7 abr. 2014.
- ⁷ Rio de Janeiro, 28 de janeiro de 1941, Decreto Lei no 2.994 de 28/1/1941 – Senado Federal, Código Nacional de Trânsito.
- ⁸ Brasília, 23 de setembro de 1997; Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. *Institui o Código de Trânsito Brasileiro*.
- ⁹VIOLA, Ricardo. *Lei Seca:* Você é contra ou a favor? Disponível em: <www.ferreiraeviola.com.br/artigos8.htm>. Acesso em: 7 abr. 2014.
- ¹⁰ ANDRADE, Arthur Guerra de. *A Lei Seca já poupa muitas vidas*. Disponível em: http://frentetransitoseguro.com.br/ index.php?option=com_content&task=v iew&id=940&Itemid=111>. Acesso em: 7 abr. 2014.

¹¹ LEYTON, Vilma. *Perfil epidemiológico das vítimas fatais por acidente de transito e a relação com o uso do álcool.* Disponível em: www.fm.usp.br/iof/revista_2005/03_perfil_epi>. Acesso em: 7 abr. 2014.

8. Referências Bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOMES, Luiz Flavio (Coord.) et al. Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo: RT, 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. Lisboa, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- PAZZAGLINI, Marino Filho. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2003.

Crimes informáticos e cooperação penal internacional

Thiago Guilherme Nolasco¹

1. Introdução

O desenvolvimento tecnológico é um fato cotidiano na sociedade hodierna. As criações do homem, uma vez "descortinadas" – apresentadas ao público –, se acoplam naturalmente à vida cotidiana, seja de forma mediata, seja de forma imediata. Exemplo típico deste processo é o aparelho telefônico móvel (celular), que quando surgiu no Brasil, no início da década de noventa (1990), era algo acessível apenas para as pessoas mais abastadas, em virtude de seu alto custo de compra e manutenção, e, aos poucos, foi se popularizando, de forma viral pode-se dizer, até virar um acessório imprescindível à população brasileira.

Neste sentido, é notório que o advento e ulterior propagação do acesso à *internet* para um número cada vez maior de pessoas foi uma das grandes conquistas tecnológicas do século XX. A rede mundial de computadores trouxe inúmeras facilidades para o desenrolar da vida humana em sociedade, da realização de pesquisas científicas à compra de um produto (comércio eletrônico), além, é claro, da divulgação de notícias e informações em tempo real.

É possível afirmar que *internet* é, hoje em dia, um componente fundamental para o trabalho e lazer de uma grande parcela da população mundial. Não obstante, aquela tecnologia não é útil apenas para estas duas finalidades. A *web*

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 289-307 - UCAM (Rio de Janeiro)

pode ser utilizada para unir pessoas (por meio de redes sociais), como instrumento de comunicação interpessoal (programas de *chat*) e, até mesmo, para a prática de crimes. É sobre esta última utilidade que versa o presente trabalho.

Os crimes praticados por meio da internet, comumente referidos como crimes informáticos ou crimes cibernéticos, são um verdadeiro desafio para o Direito Penal Internacional em virtude do caráter transnacional que assumem, na medida em que uma ação delituosa pode ser praticada em um determinado país, mas o resultado lesivo ocorrer em outro, trazendo à tona questões delicadas entre Estados, como jurisdição e competência para investigação e julgamento do ilícito penal; e o fato de determinada ação ser criminalizada em um país e não em outro.

Diante deste quadro, se evidenciou uma falta de harmonia entre as legislações nacionais, no que diz respeito à cooperação penal internacional, que se tem dado bastante atenção no exterior.

Atento e preocupado com a temática dos crimes informáticos e seus impactos na comunidade internacional, o Conselho da Europa estabeleceu, em 1997, um comitê de peritos em crimes no *ciberespaço*. O resultado do trabalho deste comitê foi a "Convenção sobre crimes cibernéticos de Budapeste" – ou apenas "Convenção de Budapeste" –, aberta para assinaturas em 2001 e em vigor desde 2004. Dentre os signatários não europeus estão os Estados Unidos, Canadá e Japão.

Isto posto, o presente artigo buscará apresentar a temática dos crimes informáticos sob a perspectiva do Direito Penal Internacional, relacionando o assunto, principalmente, à cooperação penal internacional, matéria que foi considerada mais relevante na pesquisa do tema. Por fim será feita uma breve análise da Convenção de Budapeste, dispositivo internacional que trata sobre o assunto.

2. Crimes informáticos e cooperação penal internacional 2.1. Considerações preliminares sobre os crimes informáticos

Inicialmente, é importante esclarecer que existe certa celeuma, entre os estudiosos do tema, quanto à terminologia ideal a ser adotada quando da referência aos crimes cometidos com o uso do computador ou aparelhos eletrônicos congêneres.

As expressões "crimes informáticos", "crimes digitais", "crimes cibernéticos", "cibercrimes" e "crimes telemáticos" costumam ser utilizadas para se referir, rigorosamente, ao mesmo assunto. Apesar disso, existem vozes dissonantes que afirmam que a palavra "cibernética" designaria uma ciência mais

ampla que estuda os processos de comunicação e controle tanto nas máquinas quanto nos seres humanos, o que, por consequência, torna o uso da expressão "crime cibernético" menos técnico e, portanto, inadequado para nomear o injusto penal relacionado com sistemas ou dados informáticos.²

Malgrado haja tal polêmica, no decorrer deste trabalho todas as expressões elencadas serão adotadas como sinônimos. Tal posicionamento se deve ao fato de a locução "cibernética" ser utilizada frequentemente em legislações nacionais e internacionais que versam a respeito do tema.³

Outra observação de vasto relevo é que, a despeito da abordagem que ora se traz – relacionando crimes informáticos com Direito Penal Internacional –, a modalidade delitiva em apreço não é, via de regra, um crime internacional.

Segundo Carlos Eduardo Adriano Japiassú, os crimes internacionais podem ser classificados em sentido estrito (crimes internacionais propriamente ditos); em sentido amplo (transnacionais); e, ainda, como ilícitos internacionais por contaminação ou difusão:

Em sentido estrito, refere-se às infrações previstas no Estatuto do Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg), ou seja, aos crimes contra a paz, aos de guerra e aos crimes contra a humanidade e hoje no Estatuto de Roma. Estes são crimes que violam bens ou interesses jurídicos supranacionais e, como afirma Triffterer, geram uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no Direito Internacional. Em sentido amplo, além das infrações mencionadas, abrange os crimes transnacionais, isto é, aqueles que por suas características, extensão e consequências ultrapassam fronteiras, envolvendo, portanto mais de um Estado, estejam ou não previstos em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais. Num terceiro sentido, ainda mais amplo seria aplicável à delinquência internacional por contaminação ou difusão. Denomina-se delinquência por contaminação ou difusão ao conjunto daqueles crimes, convencionais ou não, que se manifestam mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro, por assim dizer, epidemicamente, graças à rapidez dos meios de transporte, à instantaneidade das comunicações e à atividade dos *mass media*. Este último aspecto transformou o crime na notícia por excelência e, com isso, o potencializou.⁴

Assim, levando-se em conta o entendimento mencionado, infere-se que o crime informático *adquire* cariz internacional, podendo até mesmo passar da

jurisdição interna de um determinado Estado para a jurisdição da comunidade internacional, quando assume feições transnacionais, ou seja, quando, por meio do seu *iter criminis*, envolve mais de um Estado. Isto ocorre quando um indivíduo que mora na França comete o crime de invasão não autorizada de um sistema informático que esteja situado na Alemanha, por exemplo. A ação se deu em um Estado, mas o resultado lesivo se deu em outro, o que pode vir a gerar um incidente internacional com reflexos jurídicos em ambos os países.

2.2. Conceito dos crimes informáticos

Desde a tomada de consciência de que a *internet* e os aparelhos eletrônicos que a acessam, especialmente o computador, podem ser utilizados para o cometimento de peculiares ilícitos, aflorou-se um interesse por parte da comunidade jurídico-penal a respeito do tema, surgindo, gradativamente, juristas inclinados a pesquisarem-no. Neste passo, Álvaro Mayrink da Costa trouxe singular contribuição ao analisar a relação que ora se evidencia entre crime e informática:

[...] observamos a presença da informática como o mais novo e preponderante fator criminógeno, pois de um lado abre maior espaço aos infratores para o cometimento de injustos penais, utilizando-a como ferramenta eficaz, potencializando ilicitudes como estelionato, o racismo, a pedofilia e os crimes contra a honra; de outro, permite o cometimento de novas ilicitudes, exemplificando-se: a utilização abusiva da informação armazenada, violando o direito à privacidade, à intimidade e à imagem dos indivíduos. Em síntese, temos os injustos penais cometidos pelo uso do computador (*computer crime*), bem como contra o computador (*hardware, software*) ou mesmo contra a própria informação.⁵

Na investigação científica dos reflexos jurídico-penais, a primeira questão a ser enfrentada é também a mais basilar: a conceituação desta modalidade delitiva. Dentre os membros da academia que se dignaram a explorar a matéria, destaca-se a aproximação de Augusto Eduardo de Souza Rossini, para quem:

[...] o conceito de "delito informático" poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.⁶

Em que pese os esforços doutrinários para formular uma concepção definitiva sobre o que seriam os cibercrimes, não existe, em nenhum tipo de legislação nacional, tratado ou convenção internacional, até o momento, uma delimitação clara e específica sobre os mesmos. Ellen Podgor afirma que o alcance das atividades que podem ser englobadas sob esta rubrica inclui ilícitos que envolvem uma gama numerosa de atividades, tais como pornografia, fraude a leilões, fraudes nas telecomunicações, ofensas aos direitos autorais e "pirataria", extorsões *on-line*, falsidade ideológica, terrorismo cibernético (*cyberterrorism*) e perseguição cibernética (*cyberstalking*). Neste raciocínio, o computador pode ser o objeto utilizado para cometimento do crime, o alvo de determinada atividade ilícita ou apenas tangencial ao ilícito cometido.⁷

Lindar uma noção estreita acerca dos crimes cibernéticos torna-se uma tarefa ainda mais complicada se levarmos em consideração que a maior parte dos delitos que costuma receber tal predicado já é tutelada pelo Direito Penal – ramo do direito cuja missão é a proteção de bens jurídicos, por meio da cominação, aplicação e execução de penas.⁸

O bem jurídico, como se sabe, é uma abstração que traduz, ao mesmo tempo, um critério de criminalização e objeto de proteção penal. Trata-se de um conceito que remete aos valores mais relevantes para vida humana individual ou coletiva que seriam emanados da Constituição Federal.⁹

Aduzir que as condutas elencadas como crimes informáticos já são alvo de reprovação – isto é, referem-se a bens jurídicos tutelados de antemão – significa questionar a própria validade desta inovação. Ora, se as atividades tidas como ilícitos cibernéticos já estão previstas na legislação criminal como ilícitos "comuns", o bem jurídico está, em tese, devidamente resguardado, não precisando de nova proteção. Caracteriza-se, desta forma, um novo problema para a caracterização do delito digital: estamos falando de bens jurídicos novos ou novas formas de proteção de bens jurídicos preexistentes?

A questão do bem jurídico protegido no injusto penal em destaque, por si só, seria o suficiente para elaboração de texto acadêmico. Não obstante, o foco do presente trabalho reside no elo que se percebe existir entre delito informático e cooperação penal internacional, razão pela qual tal tópico não será aprofundado.

Por ora, com a finalidade de prosseguir na análise visada, parte-se do princípio de que o cibercrime é uma realidade contemporânea, objeto de tutela penal, e que pode, não raras vezes, assumir contornos transnacionais. Para estes casos, é necessário recorrer a instituto jurídico consagrado no Direito Penal Internacional.

2.3. Crimes informáticos e cooperação penal internacional

Por cooperação penal internacional entende-se o preceito fundamental de Direito Penal Internacional que expressa a colaboração realizada entre diferentes Estados no enfrentamento de questões jurídico-penais. Trata-se de espécie de auxílio que pode abranger as ações de assistência mútua em matéria penal, extradição, execução de sentenças penais estrangeiras, transmissão de processos penais e transferência de pessoas condenadas. ¹⁰ De acordo com Raúl Cervini:

[...] la cooperación judicial penal internacional puede esquematizarse funcionalmente como un conjunto de actividades procesales (cuya protección no se agota en las simples formas), regulares (normales), concretas y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales (competentes) en materia penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que confluyen (funcional y necesariamente) a nivel internacional, en la realización de un mismo fin, que no es sino el desarrollo (preparación y consecución) de un proceso (principal) de la misma naturaleza (penal), dentro de un estricto marco de garantías (acorde al diverso grado y protección intrínseco del auxilio requerido).¹¹

Em termos de classificação, o instituto jurídico ora em exame pode ser referenciado de acordo com distintos critérios, dentre os quais a iniciativa da solicitação; a qualidade de quem está sendo solicitado a cooperar; a finalidade; e o procedimento a ser seguido no ato de apoio entre os países.¹²

A iniciativa da solicitação é o critério mais simples de classificação, depende apenas de saber o referencial prático. Isto significa dizer que a cooperação será ativa com relação ao Estado que solicitou a assistência e, por consequência, passiva para o Estado requerido. No que diz respeito à qualidade de quem é solicitado a cooperar, cabe salientar que a aludida cooperação pode se dar, tão somente, na esfera administrativa (cooperação penal administrativa) ou, alternativamente, apenas na esfera judicial (cooperação penal judicial) ou, ainda, em ambas (cooperação penal jurídico-administrativa). No primeiro caso, a assistência entre Estados nacionais se daria por meio do auxílio policial, de modo que a polícia judiciária de um país poderia ajudar a de outro em investigações ou outras funções típicas da polícia judiciária. A cooperação penal internacional na sua variante judicial, por sua vez, ocorreria com a intervenção de membros do Poder Judiciário dos Estados envolvidos, abarcando atos de colaboração entre juízes e autoridades do Ministério Público de cada nação.¹³

A finalidade da cooperação pode ser subdividida em assistências simples (notificações, por exemplo), medidas aptas a causar gravames ao patrimônio

individual (p. ex., arresto de bens) e medidas constritivas aos direitos e liberdades individuais (como a extradição). Por fim, encerrando a relação dos parâmetros de classificação, Fábio Bechara oferece o critério do procedimento:

> Além dos três critérios citados pela doutrina, propõe-se um quarto critério de classificação, que é o procedimento através do qual o pedido de cooperação processa-se. Assim, tem-se: a) procedimento de extradição, em que o fim confunde-se com a própria forma do ponto de vista terminológico; a extradição é ao mesmo tempo um ato de entrega de pessoas processadas ou condenadas por um Estado a outro, como também é um procedimento para que este objetivo seja atingido; b) procedimento de pedido de homologação de sentença estrangeira: trata--se de procedimento que se destina à nacionalização de decisões estrangeiras, com o objetivo de lhes reconhecer eficácia executiva; c) procedimento de carta rogatória: trata-se de procedimento que se destina à prática de atos diversos daqueles que constituem objeto de extradição e da homologação de sentença estrangeira, tais como a produção de provas, a execução de meios de obtenção de provas, a comunicação de atos processuais, dentre outros; d) procedimento de pedido de auxílio direto: trata-se de procedimento cujo objeto confunde-se com o objeto da carta rogatória, contudo, diferencia-se no procedimento, sendo dotado de maior agilidade e menor burocracia [...].14

Quanto à natureza jurídica da cooperação penal internacional, espécie do gênero cooperação jurídica internacional – sublinhe-se –, pode-se dizer que pode ser compreendida, pelo menos, sob dois diferentes aspectos: (i) como valor de solidariedade; e (ii) como aspecto delimitado pela atividade desenvolvida no Estado que requereu a cooperação.¹⁵

Em sua face de expressão de solidariedade, a cooperação penal internacional deve ser encarada como o fio condutor de costumes instrutivos por parte das autoridades, sempre visando diminuir barreiras e promover os ideários de igualdade e liberdade. Sob outro enfoque, a natureza jurídica da cooperação penal internacional pode ser classificada como jurisdição própria (em virtude da vinculação do juízo requerido com o processo principal), em delegação de jurisdição (em função da atuação do juízo requerido de forma comissionada pelo juízo requerente), ou como uma interação entre Estado requerente, Estado requerido e indivíduo cuja situação depende da diligência. 16

A partir dessas considerações explicativas acerca da função desempenhada pela cooperação penal no cenário internacional, torna-se possível deduzir a

forma pela qual um crime informático de cunho transnacional – para ficarmos em um exemplo que satisfaça as balizas do presente estudo – poderá vir a ser alvo de tratativas entre membros da comunidade internacional.

No que tange aos crimes cibernéticos, a disputa mais imediata que se oferece à vista é sobre a jurisdição com direito a investigar, processar e julgar o delito ora cometido. Isto acontece porque neste tipo de delito o foco pode se concentrar na localidade onde o autor do ilícito age, na localidade por onde a atividade passa¹⁷ para completar o seu propósito, ou no destino final da atividade delitiva, que seria o local onde o resultado, efetivamente, ocorreu. Ellen Podgor traz um exemplo comum da confusão que pode ser feita quando da averiguação de uma infração desta espécie quando aduz que um vírus de computador pode ser inserido em um sistema de *internet* e afetar pessoas em diversos países do globo.¹⁸ Como proceder nestes casos? A cooperação penal internacional ajuda consideravelmente a responder este tipo de pergunta.

Em suas pesquisas sobre o tópico, Podgor insiste na questão da jurisdição para esta modalidade criminosa, circundando-a com um duplo exame. Primeiro, busca saber se o aspecto cibernético do crime informático requer uma análise de jurisdição diferente – uma aproximação única, digamos – da de outros crimes. Após, e dependendo da resposta a esta pergunta (se for positiva), seria necessário verificar se todos os tipos de crimes informáticos merecem a mesma metodologia para resolução das contendas relacionadas a este ponto.¹⁹

Sobre o debate referido, a autora supracitada afirma que uma avaliação "neutra" do delito informático, que desconsidere o uso do computador como uma qualidade singular e se apegue apenas à conduta em sua essência (furto, estelionato etc.), é ineficaz na hora de apontar uma única jurisdição, posto que um crime digital pode ocorrer em diversos países simultaneamente e até mesmo no espaço (!), ocasionando situações em que se observará número sem fim de jurisdições possíveis. De igual forma, tomar-se em conta o critério da nacionalidade do autor do delito como única base para determinar a jurisdição aplicável pode se mostrar bastante problemático, na medida em que um número grande de Estados poderia se ressentir deste entendimento por perderem a faculdade de processar e julgar indivíduos que cometem crimes dentro do seu território.²⁰

Como se vê, os crimes cibernéticos trazem muitos desafios para o estabelecimento da jurisdição competente. Focar apenas na conduta, desdenhando-se do meio utilizado para cometê-la, segundo a jurista, não é a maneira ideal de se resolver a questão. Convocar autoridades internacionais para processar todos os delitos informáticos também é algo muito distante da necessidade prática, até porque incluir todos os delitos digitais no Direito Penal Internacional será praticamente impossível, tendo em vista que não são, em sua

essência, crimes internacionais.²¹ Por essas e outras razões, Podgor acredita ser importante considerar a criminalidade informática de forma distinta.

Ao aceitar o entendimento de que, em termos de determinação de jurisdição, os delitos digitais devem ser encarados de modo especial, parece ser possível chegar a uma conclusão quanto à jurisdição deste tipo de delito. Não obstante, é preciso ter em mente que existe uma infinidade de condutas que podem ser tidas como delito informático: de ações fraudulentas incorridas na *internet* a crimes de destruição em massa. Neste sentido, faz-se mister diferenciar a ação cibernética, a fim de se compreender se está diante de um crime nacional, transnacional ou internacional. Para tanto, alguns fatores genéricos como a gravidade do crime, a tolerância dispensada ao crime em outros países e a extensão de violação à norma internacional deste mesmo injusto podem ser estimados. Dessarte, quanto mais grave o crime, maior seria a violação à norma internacional e, por conseguinte, mais apropriada seria a jurisdição internacional (em detrimento da nacional).²²

Diante do que fora exposto, é cristalino que os principais pleitos envolvendo cooperação penal internacional e delitos informáticos referem-se à definição da jurisdição aplicável ao caso concreto. Veremos como a Convenção de Budapeste, principal legislação internacional sobre delitos informáticos, aborda este e outros temas.

3. A convenção de Budapeste

Dos primeiros anos de sua abertura para o domínio público até os dias atuais, a *internet* passou de instrumento de entretenimento para se tornar elemento indispensável para o seio social. Do mesmo modo, é quase impossível pensar em qualquer atividade laborativa que, direta ou indiretamente, em menor ou maior escala, prescinda da utilização de um computador. Resta pacífico, pois, o quanto o bom funcionamento do cotidiano contemporâneo é dependente de computadores e da *worldwide web*.

O soerguimento de todo um mundo virtual traz consigo diversas benesses a todos que dele usufruem, mas, por corolário, carrega um inenarrável número de infortúnios, dado que, fato notório, é difícil imaginar um grupamento humano que subsista sem conflitos. Assim, é mais que natural se verificar que o uso do computador e da *internet* dá azo à ocorrência de uma criminalidade nova, mais complexa, seja por meio do acesso a uma rede local (servidor particular, onde alguns determinados computadores têm acesso aos dados que lá se encontram – algo utilizado por empresas, via de regra), seja por meio da própria *internet*, ou, ainda, seja, tão somente, pela simples utilização do computador. Não obstante tais assertivas não serem nenhuma novidade, pou-

co se produziu sobre os crimes informáticos no contexto internacional até a presente data.

A própria Organização das Nações Unidas (ONU), órgão mais importante e influente da comunidade internacional, apesar de já ter promovido pesquisas sobre a matéria, jamais ofertou um dispositivo internacional oficial sobre o assunto. Este fato, sozinho, já é capaz de demonstrar o descompasso existente entre a produção legislativa e a demanda de uma sociedade que vive na era globalizada, que vive em tempos onde a informação circula em tempo real e a reflexão deu lugar ao imediatismo, em virtude, dentre outros motivos, da rotina acelerada de difusão de novas ideias (permeadas de boas ou más intenções).²³

Diante do que fora colacionado, deduz-se que a Convenção sobre o cibercrime – ou Convenção de Budapeste – é o dispositivo internacional mais importante já realizado sobre a matéria.

A aludida convenção, elaborada pelo Conselho da Europa²⁴ e assinada em 23 de novembro de 2001 em Budapeste – capital da Hungria – é composta por 48 artigos, divididos em 4 capítulos: (i) Terminologias; (ii) Medidas a se tomar a nível nacional; (iii) Cooperação Internacional; e (iv) Disposições finais.

O primeiro capítulo apenas define os significados que serão adotados para determinados termos e expressões relacionados à matéria em exame, dentre os quais "sistema informático", "dado informático", "fornecedor de serviço" e "dados de tráfego". O segundo capítulo, a seu turno, subdivide-se em outras três seções: (I) direito penal material – onde define diversas condutas que passarão a ser consideradas crime informático;²⁵ (II) direito processual – onde trata sobre o procedimento a ser encampado quando da devassa, dispondo, dentre outros, sobre busca e apreensão de dados informáticos e interceptação de dados desta mesma natureza; e (III) competência – seção onde constam as diretrizes para estabelecimento da jurisdição responsável pelo processamento e julgamento o injusto penal cibernético cometido. Sobre este último tópico, diante das ponderações cotejadas anteriormente sobre a questão da jurisdição do delito informático, transcreve-se o disposto na Convenção abaixo:

Secção 3 – Competência

Artigo 22º - Competência

1. Cada parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer a sua competência relativamente a qualquer infração penal definida em conformidade com os artigos 2º ao 11º da presente Convenção, sempre que a infração seja cometida:

- a) No seu território; ou
- b) A bordo de um navio arvorando o pavilhão dessa Parte;
- c) A bordo de uma aeronave matriculada nessa Parte e segundo as suas Leis; ou
- d) Por um dos seus cidadãos nacionais, se a infração for punível criminalmente onde foi cometida ou se a infração não for da competência territorial de nenhum Estado.
- 2. Cada parte pode reservar-se o direito de não aplicar ou de apenas aplicar em casos ou em condições específicas as regras de competência definidas no nº 1, alínea b) à alínea d) do presente artigo ou em qualquer parte dessas alíneas.
- 3. Cada Parte adotará as medidas que se revelem necessárias para estabelecer a sua competência relativamente a qualquer infração referida no artigo 24º, nº 1 da presente Convenção, quando o presumível autor da infração se encontre no seu território e não puder ser extraditado para outra Parte, apenas com base na sua nacionalidade, após um pedido de extradição.
- 4. A presente Convenção não exclui qualquer competência penal exercida por uma Parte em conformidade com o seu direito interno.
- 5. Quando mais que uma Parte reivindique a competência em relação a uma presumível infração prevista na presente Convenção, as Partes em causa, se for oportuno, consultar-se-ão a fim de determinarem qual é a jurisdição mais apropriada para o procedimento penal.²⁶

Como se pode perceber, a Convenção consagrou os princípios da territorialidade, extraterritorialidade e nacionalidade para definição de competência nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do item 1 do art. 22, fato que não gera qualquer surpresa, posto que são critérios consagrados há muitos anos por diversas legislações nacionais – dentre as quais o Código Penal brasileiro.

O terceiro capítulo versa sobre cooperação internacional. Nele, restam consignados os princípios gerais com relação à matéria, segundo os quais os Estados deverão cooperar entre si na aplicação dos instrumentos internacionais pertinentes sobre cooperação penal internacional; dos acordos celebrados com base legislações uniformes ou recíprocas; e na aplicação do seu direito material nacional, da maneira mais ampla, para efeito de investigações ou

procedimentos relativos a infrações penais cibernéticas ou para recolher provas sob a forma eletrônica de uma infração penal (artigo 23). Além destes, são trazidos à baila princípios relativos à extradição (artigo 24), bem como princípios relativos ao auxílio-mútuo (artigos 25 e 26). Quanto a estes últimos prolegômenos, cumpre destaca-los em sua integralidade:

Título 3 – Princípios Gerais relativos ao auxílio mútuo. Artigo 25º – Princípios gerais relativos ao auxílio mútuo.

- 1. As Partes concederão entre si o auxílio mútuo mais amplo possível para efeitos de investigações ou de procedimentos relativos a infrações penais relacionadas com sistemas e dados informáticos, ou para efeitos de recolha de provas sob a forma eletrônica de uma infração penal.
- 2. Cada Parte adotará igualmente as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para darem cumprimento às obrigações estabelecidas nos artigos 27º a 35º.
- 3. Em caso de urgência, cada Parte pode formular os pedidos de auxílio mútuo ou comunicações com ele relacionadas, através de meios de comunicação rápidos, tais como o fax ou o correio electrônico, desde que esses meios ofereça condições de segurança e de autenticação (incluindo, se necessário, o uso da encriptação) com posterior confirmação oficial sempre que o Estado requerido exigir. O Estado requerido aceitará o pedido e responderá através de qualquer desses meios de comunicação rápidos.
- 4. Salvo disposição em contrário expressamente prevista nos artigos do presente Capítulo, o auxílio mútuo será sujeito às condições fixadas pelo direito interno da Parte requerida ou pelos tratados de auxílio mútuo aplicáveis, incluindo os fundamentos com base nos quais a Parte requerida pode recusar a cooperação. A Parte requerida não deve exercer o seu direito de recusar o auxílio mútuo relativamente às infracções previstas nos artigos 2º a 11º apenas com fundamento em que o pedido se refere a uma infração que considera ser de natureza fiscal.
- 5. Quando em conformidade com as disposições do presente capítulo, a Parte requerida estiver autorizada a subordinar o auxílio mútuo à existência de dupla incriminação, esta condição será considerada como satisfeita se o comportamento que constitui a infração penal pelo seu direito interno, que o direito interno classifique ou

não a infração na mesma categoria de infrações ou a designe ou não pela mesma terminologia que o direito da Parte requerente.

Artigo 26º - Informação espontânea

- 1. Uma Parte pode, dentro dos limites da sua legislação nacional e na ausência de pedido prévio, comunicar a outra Parte informações obtidas no quadro das suas próprias investigações, sempre que considerar que isso pode ajudar a Parte destinatária a iniciar ou a levar a cabo investigações ou procedimentos relativos a infracções penais, estabelecidas em conformidade com a presente Convenção, ou sempre que essas informações possam conduzir a um pedido formulado por essa Parte, nos termos do presente Capítulo.
- 2. Antes de comunicar essas informações, a Parte que as fornece pode solicitar que as mesmas permaneçam confidenciais ou apenas sejam utilizadas em determinadas condições. Caso a Parte destinatária não puder dar satisfação a esse pedido, deve informar a outra Parte desse facto que determinará se as informações devem contudo ser fornecidas. Se a Parte destinatária aceitar a informação nas condições estipuladas, fica obrigada a observar essas condições.²⁷

O auxílio mútuo em matéria penal pode ser empreendido de diversas maneiras, desde o mero fornecimento de informações sobre legislações alienígenas até a busca e apreensão de bens ou interceptação de telecomunicações. A Convenção sobre o Cibercrime foi muito diligente ao definir preceitos a serem adotados pelos seus signatários no compromisso de se apoiarem em questões criminais, pois trouxe, de forma clara, a expectativa internacional sobre o modo de agir de cada Estado diante de incidentes deste espectro.

Dentre os pedidos de auxílio mútuo, a convenção destaca os procedimentos a serem adotados "na ausência de acordos internacionais aplicáveis" (artigos 27 e 28), e dispõe sobre auxílio mútuo: (i) em matéria de medidas provisórias – "conservação expedida de dados informáticos armazenados" (art. 29), "divulgação expedita dos dados de tráfego conservados" (art. 30); (ii) relativamente a poderes de investigação – "relativamente aos dados informáticos armazenados" (art. 31), "acesso transfronteiriço a dados informáticos armazenados, com consentimento ou quando acessíveis ao público" (art. 32), "relativamente à recolha de dados de tráfego em tempo real" (art. 33), "em matéria de interceptação de dados de conteúdo" (art. 34); e (iii) na rede 24/7 – ponto de contato disponível a qualquer momento para prestação de assis-

tência imediata a investigações ou procedimentos relacionados aos sistemas informáticos (art. 34).

Foge ao alcance do presente trabalho empreender análise pormenorizada de cada uma das normas conferidas na convenção. Apesar disso, entende-se que a enumeração de diversos pontos de análise do referido instrumento normativo é capaz de demonstrar, de forma simples e sintética, o alcance que a Convenção buscou dar ao tema ora apreciado.

A Convenção sobre o cibercrime tinha como condição para vigorar a ratificação de cinco Estados, dentre os quais pelo menos três teriam de ser membros do Conselho da Europa. Tal fato ocorreu no primeiro dia de julho de 2004. Até o momento, 42 Estados ratificaram a Convenção, dentre os quais seis não membros do Conselho: Austrália, Estados Unidos, Japão, Panamá, República Dominicana e República Maurícia.²⁹ É evidente a não aderência do Brasil à aludida convenção, por mais que seja possível a entrância de Estados não europeus. O governo nacional, até o presente momento, não se manifestou sobre um possível ingresso no documento internacional.³⁰

Por fim, cumpre reiterar que a Convenção de Budapeste representa um marco no cenário internacional, na medida em que ousa adentrar em terreno pouco explorado mundialmente, logrando êxito em apontar uma alternativa ao tratamento da criminalidade informática no contexto global. Finalizamos sublinhando o arremate de Vladimir Delgado sobre a influência desta normativa internacional na cooperação penal internacional:

[...] podemos concluir que a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime logrou estruturar um moderno regime de auxílio mútuo em matéria penal, que, apesar de alguns descompassos pontuais – notadamente no que se refere ao escasso disciplinamento de limites à "divulgação expedita de dados de tráfego preservados" – encontra-se em consonância com os critérios e soluções adotadas pelos demais instrumentos normativos sobre auxílio mútuo em matéria penal, atendendo, portanto, aos princípios gerais norteadores da moderna cooperação internacional em matéria penal e aos limites impostos à sua prática. O que não implica, necessariamente, atravancar o fluxo dos atos de cooperação, senão legitimá-los em um marco no qual a máxima eficiência na luta contra a criminalidade informática se compatibilize com o devido respeito à soberania dos Estados e com a imprescindível proteção aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, que, em última análise, devem sempre constituir o principal centro de preocupação do Direito Penal e do instituto da cooperação internacional em matéria penal.³¹

4. Conclusão

Ainda que se discorde sobre os aspectos dogmáticos relacionados ao tema os delitos informáticos – ou praticados por meio do computador e internet – é preciso admitir que estes já fazem parte da atual conjuntura social, não podendo ser sumariamente ignorados.

A definição do conceito e a explicação do que seriam, exatamente, os crimes informáticos é assunto que ainda precisa ser melhor pesquisado e estudado, tanto para fins de prevenção desta forma específica de criminalidade quanto para prestar a devida deferência ao princípio da legalidade, fato ainda mais importante em se tratando de Direito Penal.

No âmbito internacional, em se tratando de delitos transnacionais, a questão toma outra proporção, já que, às dificuldades para se definir a jurisdição responsável pelo processo e julgamento dos ilícitos penais, se assomam problemas de cariz cooperativo, envolvendo Estados nacionais diversos, legislações diferentes e dificuldades diplomáticas distintas.

No decorrer deste artigo, foi demonstrado o atual estado do debate em torno das temáticas abordadas, demonstrando-se a míngua de produção legislativa nacional e internacional e a necessidade de maior enfoque por parte da doutrina para auxiliar o trabalho de diagnose dos fatos delitivos cometidos pelo computador e na *internet*. Percebeu-se, também, o desinteresse brasileiro pelo único documento internacional já produzido a respeito do tema e que, apesar da pouca circulação mundial, revela-se paradigmático na militância em torno dos crimes cibernéticos.

Por fim, conclui-se pela necessidade de maiores debates, por parte da comunidade acadêmica e pelos próprios aplicadores da lei, com relação aos crimes informáticos, até para responder às questões apontadas com relação ao bem jurídico tutelado (novos ou antigos tratados de outra forma?) e quanto à elaboração de um conceito definitivo do que seriam estes crimes. Ademais, defende-se a adesão brasileira à Convenção de Budapeste e a subsequente adequação legislativa, indispensável para a resolução de eventuais questões de cooperação penal internacional possivelmente advindas desta modalidade de infração penal.

5. Notas

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

Cabe ressaltar que a agência nacional de telecomunicações (Anatel) divulgou que o Brasil chegou a 271,1 milhões de linhas celulares ativas no final do ano de 2013. Informação disponível em: <www.valor.com.br/empresas/3408738/brasil-fecha-2013-com-2711-milhoes-de-linhas-de-telefone-celular>. Acesso em: 22 fev. 2014.

- ² DELGADO, Vladimir Chaves. *Cooperação internacional em matéria penal na convenção sobre o cibercrime*. 2007. 315 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Internacionais) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/3562/3/vladimir.pdf>, p. 15-18.
- ³ Dentre as quais, pode-se citar o anteprojeto de Código Penal em trâmite no Congresso Nacional, PLS nº 236/2012, que versa, em seu Título VI, sobre os *Cri*mes Cibernéticos, compreendidos entre os artigos 208 e 211. Além desta legislação, a própria Convenção de Budapeste é intitulada oficialmente "Convention on Cyber Crime" (tradução livre: Convenção sobre Crimes Cibernéticos).
- ⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 17 (grifo nosso).
- ⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime informático. In: *Revista da Emerj*, v. 7, n. 28, p. 27-41, Rio de Janeiro: Emerj, 2004. p. 33.

- ⁶ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Informática, telemática e direito penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 110, *apud* PINHEIRO, Emeline Piva. *Crimes virtuais:* uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/emeline.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.
- PODGOR, Ellen. Cybercrime Cyberterrorism. In: *Nouvelles études pénales*,
 n. 19, p. 283-303, Toulouse: Érès, 2004.
 p. 286.
- ⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 116.
- 9 Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos: "Na verdade, o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui objeto de proteção penal - afinal, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanos, que configuram a base de um Direito Penal mínimo e dependem de proteção penal, ainda uma resposta legítima para certos problemas sociais – e poderia ser aflitivo imaginar o que aconteceria com a vida e a sexualidade humanas se não constituíssem objeto de proteção penal (mas de simples indenização, por exemplo)" (grifos do autor). SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal – Parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 16.
- ¹⁰ DELGADO, Vladimir Chaves. *op. cit.* p. 56.
- ¹¹ CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y protección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 6. *apud* DELGADO, Vladimir Chaves. *op. cit.* p. 59.

¹² BECHARA, Fábio Romazzini. Cooperação juridica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. 2009. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/pt-br.php>. p. 33.

¹³ DELGADO, Vladimir Chaves. *op. cit.* p. 57-58.

¹⁴ BECHARA, Fábio Romazzini. op. cit. p. 34.

15 *Ibid.*, p. 31.

16 *Ibid.*, p. 32.

¹⁷ Neste caso, faz-se referência ao local onde os servidores que carregam os dados e informações ou executam o comando do autor do fato se encontram.

¹⁸ PODGOR, Ellen. op. cit. p. 285.

19 Ibid., p. 286.

²⁰ *Ibid.*, p. 291.

²¹ A doutrina costuma reputar como crimes internacionais em essência aqueles indicados no intervalo dos artigos 5º ao 8º do Estatuto de Roma, tratado internacional (assinado pelo Brasil, inclusive - Decreto nº 4.388/2002) que constituiu o Tribunal Penal Internacional Permanente. Compõem este rol: (i) o crime de genocídio; (ii) os crimes contra a humanidade; (iii) os crimes de guerra; e (iv) o crime de agressão. É o que se convencionou chamar de Core Crimes (tradução livre: Crimes Fundamentais). Para um estudo mais aprofundado acerca do rol de crimes supracitados, cf. AMBOS, Kai. Selected issues regarding the "Core Crimes" in International Criminal Law. In: Nouvelles études pénales, n. 19, p. 219-282. Toulouse: Érès, 2004.

²² PODGOR, Ellen. op. cit. p. 294.

²³ Dentre os estudos patrocinados pela ONU, cf. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. *Comprehensive study on cybercrime*. Nova Iorque: United Nations, 2013. Disponível em: <www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.

²⁴ Organização internacional fundada em 1949, com 47 membros - dos quais 28 são também membros da União Europeia, que busca, de acordo com o seu site oficial: "The Council of Europe advocates freedom of expression. And of the media, freedom of assembly, equality and the protection of minorities. It has launched campaigns on issues such as child protection, online hate speech, and the rights of the Roma, Europe's largest minority. The Council of Europe helps member states fight corruption and terrorism and undertake necessary judicial reforms. Its group of constitutional experts, known as the Venice Commission, offers legal advice to countries throughout the world. The Council of Europe promotes human rights through international conventions, such as the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and the Convention on Cybercrime. It monitors member states' progress in these areas and makes recommendations through independent expert monitoring bodies. All Council of Europe member states have abolished the death penalty". Informação disponível em: http://hub.coe.int/web/coe-portal/ home>. Acesso em: 28 fev. 2014.

²⁵ Aqui a convenção distribui os ilícitos em quatro títulos específicos: Título I – Infrações contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos e dados informáticos; Título

- II –Infrações relacionadas com computadores; Título III – Infrações relacionadas com o conteúdo; Título IV – Infrações relacionadas com a violação do direito de autor e direitos conexos; Título V – Outras formas de responsabilidade e sanções.
- ²⁶ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o cibercrime*. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: < www. acidi.gov.pt/_cfn/529350b642306/live/+Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+o+Cibercrime+>. Acesso em: 1 mar. 2014.
- ²⁸ DELGADO, Vladimir. op. cit. p. 181.
- ²⁹Informação disponível em: ">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>">http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&
- ³⁰ Informação disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetra mitacao?idProposicao=585027>. Acesso em: 5 mar. 2014.
- ³¹ *Ibid.* p. 261.

6. Referências Bibliográficas

- AMBOS, Kai. Selected issues regarding the "Core Crimes" in International Criminal Law. In: *Nouvelles études pénales*, n. 19, p. 219-282, Toulouse: Érès, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECHARA, Fábio Romazzini. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. 2009. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,

- São Paulo, 2009. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112010-101628/pt-br.php>.
- CONSELHO DA EUROPA. Convenção sobre o cibercrime. Budapeste, 23 nov. 2001. Disponível em: <www.acidi.gov.pt/_cfn/529350b642306/live/+Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+o+Cibercrime+>. Acesso em: 1 mar. 2014.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Crime informático. In: *Revista da Emerj*, v. 7, n. 28, p. 27-41, Rio de Janeiro: Emerj, 2004.
- DELGADO, Vladimir Chaves. Cooperação internacional em matéria penal na convenção sobre o cibercrime. 315 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/3562/3/vladimir.pdf>.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- PINHEIRO, Emeline Piva. *Crimes virtuais:* uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/emeline.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.
- PODGOR, Ellen. Cybercrime Cyberterrorism. In: *Nouvelles études pénales*, n. 19, p. 283-303. Toulouse: Érès, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito pe-nal* Parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. Comprehensive study on cybercrime. Nova Iorque: United Nations, 2013. Disponível em: <www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.
- COUNCIL OF EUROPE. Strasbourg: Council of Europe, 2014. http://hub.coe.int/web/coe-portal/home>. Acesso em: 28 fev. 2014.
- PROJETOS DE LEIS E OUTRAS PROPOSIÇÕES. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposico-esWeb/fichadetramitacao?idProposic ao=585027. Acesso em: 5 mar. 2014.

- TREATY OFFICE. Strasbourg: Council of Europe, 2014. Disponível em: http://conventions.coe.int/Tre-aty/Commun/ChercheSig.asp?
 NT=185&CM=8&DF=&CL=ENG>. Acesso em: 2 mar. 2014.
- VALOR.COM.BR. São Paulo: Valor Econômico, 2014. Disponível em: <www.valor.com.br/empresas/3408738/brasil-fecha-2013-com-2711-milhoes-de-linhas-de-telefone-celular>. Acesso em: 22 fev. 2014.



A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Ursula Spisso Monteiro¹

1. Introdução

O objetivo deste ensaio é propor uma reflexão acerca do posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente para a temática das comunidades indígenas. No sistema interamericano, um dos principais focos de discussão envolvendo os povos indígenas se refere à especificidade cultural, à demarcação de terras, à proteção de terras indígenas e ao racismo existente nos países andinos e mexicanos. Aqui nos concentraremos na demarcação de terras, trazendo considerações acerca do primeiro julgado na Corte sobre esse tema, traçando posteriormente um paralelo com o caso brasileiro da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol em Roraima, comentando posteriormente sobre o caso Belo Monte, no Estado do Pará.

Discorreremos sobre o tratamento dos casos de natureza demarcatória perante a Comissão e a Corte, bem como o tipo de imposição de sanção aplicado pela Comissão Interamericana de Direitos de Direitos Humanos (CIDH) aos Estados violadores, veremos que sanção por vezes ultrapassa a esfera pecuniária, interferindo diretamente na revogação ou alteração da legislação nacional que esteja em dissonância com o sistema de proteção internacional. Em mui-

tos casos as sanções estabelecem a implementação, pelos Estados violadores, de políticas públicas protetivas das terras ancestrais indígenas.

Vê-se que, com evolução jurisprudencial do tema e com a ampliação à proteção a essas comunidades, os indígenas passam a ser vistos como sujeitos que necessitam de atenção por parte do Poder Público. Ademais, conforme será demonstrado, a CIDH acaba por vezes influenciando diretamente os julgados nos sistemas jurídicos internos dos países.

2. A proteção dos povos indígenas no sistema interamericano

Desde a sua criação, a Organização dos Estados Americanos (OEA) tem como um dos seus principais pilares os direitos humanos, e foi por meio da criação da CIDH e da a Corte Interamericana de Direitos Humanos que se passou a exercer de modo efetivo a proteção dos direitos humanos na América do Sul.²

No dizer de Cançado Trindade,

"uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violação dos direitos humanos".3

Sem sombra de dúvida a proteção jurisdicional é a que melhor atende aos imperativos do direito e da justiça.⁴

Marco significativo na história da Corte Interamericana ocorreu em 1º de junho 2001, quando se passa a permitir o peticionamento individual e direto à Corte, devido à nova redação do art. 23 da Convenção, outorgando *locus standi in judicio* aos indivíduos demandantes, não apenas na etapa relativa as reparações, mas em todas as etapas do procedimento contencioso perante a Corte.

A necessidade de proteção especial aos povos indígenas como sujeitos especiais de direito internacional foi reconhecida inicialmente pela Assembleia da OEA,⁵ e a primeira Constituição a garantir o direito de propriedade aos povos indígenas foi a mexicana de 1917, ao assegurar no art. 27 o direito das comunidades indígenas às terras ancestrais.⁶

Os principais instrumentos de proteção dos indígenas são: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Embora a Convenção não faça menção expressa aos povos indígenas, seus direitos estão assegurados de forma genérica como, por exemplo, i.) direito de propriedade protegido: deriva das tradições, costumes, e detenção de terras pelos povos indígenas; ii) direito

de bem-estar e integridade cultural: são interpretados como conexão entre o direito à terra, recursos naturais, relações sociais de comunidades indígenas.

Vê-se que o Sistema Interamericano oferece proteção às terras indígenas e a seus recursos naturais estabelecendo obrigações legais aos Estados, o caso paradigma levado à Corte sobre essa temática foi o Awas Tingni *versus* Estado da Nicarágua, que discorreremos adiante.

Em 26 de fevereiro de 1997 foi aprovada pela Comissão da Corte a "Proposta de Declaração Americana para os Povos Indígenas", 7 nela se definiu o termo "povos indígenas", além de proclamar que os povos são portadores de direitos, incluindo o direito de pertencer a uma comunidade indígena, o direito à liberdade e à não discriminação. Esse documento também veio a assegurar o direito à integridade cultural, incluindo a capacidade de escolher as próprias filosofias, religiões e linguagens. Atribuindo ainda ao Estado a obrigação de permitir que os indígenas eduquem a si mesmos, facultando-lhes a oferta de ingresso à educação convencional.⁸

Os direitos políticos também foram tratados no referido instrumento, tais como o direito de associação, assembleia, liberdade de pensamento e expressão e liberdade de se autogovernarem, garantido também o direito à terra e sua utilização, e o direito à propriedade intelectual.

Na OEA a proteção dos povos indígenas tem sido objeto de diversas discussões, tanto que foi emitida uma resolução pelo órgão para se posicionar favorável ao projeto de criação da Declaração Americana sobre direitos dos povos indígenas,⁹ ante o direito que esses povos mantem de permanecer nas terras em que se encontram por possuir vínculo ancestral.

Ademais, no Conselho permanente da OEA há uma Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos com o objetivo de elaborar o "Projeto de Declaração Americana sobre os povos indígenas", disponibilizando na página virtual boletins informativos, planos de trabalhos bianuais, apresentando como meta a continuidade no processo de negociação da referida Declaração entre os países membros.¹⁰

Inserido na Secretaria de Assuntos Jurídicos da OEA está o Departamento de Direito Internacional (DDI), com a atribuição de assessorar juridicamente os órgãos, ser o depositário de tratados multilaterais e acordos bilaterais, além de trabalhar como ente responsável pela promoção e difusão do direito internacional, responsável pela condução de projetos de proteção de setores vulneráveis como os povos indígenas e os afrodescendentes.¹¹

Outro órgão responsável por cuidar das questões indígenas é a chamado "Cúpula das Américas"¹², formado por líderes indígenas das Américas (*CLI* –

Cumbres de Lideres Indígenas de las Américas), com a finalidade específica de abordar temas indígenas, contando para tanto com uma comunidade virtual dentro da cúpula. Esse espaço virtual é destinado à promoção do debate com o objetivo de fortalecer as redes de interessados com a formação de grupos voltados aos compartilhamento de ideias, vídeos, documentos e fotos.

Outro instrumento de proteção relevante que não podemos deixar de tratar foi originado dos trabalhos desenvolvidos durante a RIO-92, a chamada Agenda 21. No item 26 desse plano político foi reconhecida a importância do papel das populações indígenas e suas comunidades.¹³ Estabelecendo também, o dever de haver uma cooperação plena entre governo e comunidades indígenas para o fortalecimento de políticas de nível nacional como forma de reconhecer os valores, os conhecimentos tradicionais e práticas no manejo de recursos dos indígenas.

3. A primeira demanda de natureza demarcatória na corte

O primeiro caso na Corte sobre esse assunto ocorreu com o advento do conflito entre os povos indígenas Awas Tingni e o Estado da Nicarágua¹⁴ no ano de 1995. Essa comunidade, localizada na Costa Atlântica Caribenha, era à época composta por 142 (cento e quarenta e duas) famílias, vivendo sob uma liderança baseada no costume e organizada por uma junta diretiva local.

O fato ensejador da denúncia levada à CIDH foi a concessão à empresa particular para exploração florestal de área localizada em território indígena. Diversos protestos foram realizados junto ao Ministério do Meio de Ambiente e Recursos Naturais sobre a extração madeireira na área indígena, porém o protesto foi inócuo, o que fez com que o líder da comunidade encaminhasse o caso à Comissão Interamericana.

Chegando o caso à Comissão o pedido foi analisado e foi concedida de plano medida cautelar em favor da comunidade para paralisar o início de qualquer atividade em virtude do iminente risco de início de atividades extrativas nas terras indígenas. Ato seguinte, a Comissão aprovou o informe nº 27/98, constatando o não cumprimento pelo Estado da Nicarágua do disposto na Convenção, além da ausência de demarcação de terras indígenas, atitude esta que viola os artigos 1º, 2º, 21 e 25 da Convenção. O Estado da Nicarágua, a partir de então, passa a figurar como o responsável pela violação do direito de propriedade, uma vez que permitiu a exploração madeireira sem o consentimento da comunidade. O relatório da Comissão aponta as seguintes recomendações ao Estado violador: i.) a demarcação de terras; ii.) a suspensão das atividades madeireiras; iii.) a fixação do prazo de 1 (um) mês para o diálogo com a comunidade para a consecução de um acordo. 15

Após o recebimento do relatório da Comissão, o Governo se manifesta em maio de 1998, informando sobre a criação de uma comissão nacional para demarcação e o cancelamento da concessão outorgada à empresa privada, alegando ainda que consultaria a comunidade sobre seus atos, pugnando, ao final, pelo arquivamento do caso perante a Comissão Interamericana.

Todavia, a Comissão encaminha o caso à Corte, com base nos Artigos 1º, 2º, 21, 25, 50 e 51 da Convenção, requerendo que o Estado violador seja obrigado a demarcar terras, abstendo-se de outorgar concessões, e indenizar a comunidade e arcar com o pagamento das custas relativas ao processo. Na contestação à decisão, o Estado alega ausência de esgotamento das vias de jurisdição interna e requer a inadmissibilidade da demanda. 16

No julgamento, por unanimidade de votos a sentença – a favor da comunidade – declara, em linhas gerais, a violação ao direito à proteção judicial, a violação ao direito de propriedade, obrigando o Estado a adotar medidas de direito interno em conformidade com art. 2º da Convenção. A Corte fixa também, na sentença, a reparação dos membros da comunidade com a instituição de serviços públicos na comunidade, devendo ser prestadas informações a cada 6 (seis) meses das medidas adotadas. Esse caso foi concluído com a edição da Resolução datada de 03/04/09 e, incluída no relatório Anual da Comissão no ano de 2009, tendo em vista o atendimento de todas as determinações fixadas na sentença da Corte.

4. O direito dos povos indígenas e a demarcação da reserva raposa serra do sol e um paralelo com o caso de belo monte

Caso emblemático ocorrido no Brasil acerca da demarcação de terras indígenas foi o julgamento da Ação Popular sobre a reserva Raposa Serra do Sol, situada no nordeste do Estado de Roraima. A área de terra indígena em questão foi demarcada pelo Ministério da Justiça pela Portaria nº 820/98, e posteriormente pela Portaria nº 534/05. No mesmo ano foi homologado Decreto Presidencial pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva fixando uma área de aproximadamente 1,7 milhão de hectares destinada aos grupos indígenas das tribos Tapaurepang, Macuxis, Wapixanas, Ingarikos e Patamonas.

O procedimento de demarcação de uma área é formado por diversas etapas, dentre elas, está a desocupação da terra por não índios, que devem ser reassentados e indenizados pelas benfeitorias oriundas da ocupação de boa-fé nos termos da lei.²¹ Foi justamente durante essa fase que ocorreu o agravamento das tensões naquela região, pois parte área que englobaria a Reserva estava ocupada por arrozeiros instalados na região desde a década de 1970, além de haver a presença de fazendeiros com títulos de propriedade e de invasores sem título de propriedade.

As discussões em torno da Reserva transbordaram o aspecto regional e ganharam dimensão nacional, até que o Pleno do STF, ao julgar a Ação Popular, estabeleceu 19 condicionantes (ressalvas) às demarcações de terras indígenas a serem realizadas pelo Poder Executivo, consoante o art. 231 da Carta Magna.²²

O julgamento da Ação Popular de fato foi um marco na proteção aborígene do Brasil, tendo em vista a força cogente do disposto na Constituição Federal, reconhecendo o STF a legalidade do processo administrativo na demarcação da Terra Indígena.

A decisão do Supremo Tribunal Federal fixou, em linhas gerais:²³ i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e lagos; ii) o usufruto não abrange o aproveitamento dos recursos hídricos²⁴ e energéticos; iii) o usufruto não abrange pesquisa e lavra de riquezas minerais; iv) o usufruto não abrange garimpagem, devendo, se o caso, ser obtida a permissão para a lavra; v) o usufruto não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; vi) atuação das Forças Armadas e Polícia Federal na área indígena; vii) o usufruto dos índios não impede a instalação pela União de instalação de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e prestação de serviços públicos; viii) o usufruto dos índios na área afetada por áreas de conservação fica sob o responsabilidade do instituto Chico Mendes; ix) o Instituto responderá pela administração da área; x) o trânsito de visitante e não índios será estipulado pelo Instituto; xi) a permanência de não índios no restante da área será observada segundo condições a serem estabelecidas pela Funai; xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não poderá ser objeto de cobrança de tarifa; xiii) a cobrança de tarifas não poderá incidir em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos ou serviços públicos; xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio; xv) fica vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais a prática de caça, pesca, coleta de frutos ou atividade agropecuária ou extrativa; xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos indígenas gozam de plena imunidade tributária; xvii) fica vedada a ampliação de terra indígena já demarcada; xviii) os direitos dos índios relacionados a sua terra são imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis; xix) fica assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observadas a fase em que se encontrar o procedimento.

Saíram vencidos na votação o Ministro Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que suscitava preliminar de nulidade do processo.²⁵ A decisão final teve como fundamento legal o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam,

direito este reconhecido constitucionalmente, não sendo um direito outorgado. O ato de demarcação de natureza declaratória passa a partir de então a ser tratado como uma questão de ancestralidade de toda uma etnia. O modelo demarcatório adotado no caso foi o da continuidade, por entender que o modelo de demarcação realizado por fronteiras vivas ou abertas fomenta a autossuficiência de toda uma coletividade, evitando a criação de "bolsões" ou "ilhas", situação que poderia ocasionar a criação de espaços de exclusão entre uma etnia e outra.

Relevante salientar que há ainda quatro processos criminais envolvendo violações de direitos humanos na região da Reserva, os quais foram incluídos no Programa Justiça Plena,²⁶ por indicação da Secretaria Especial de Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República. Esse programa tem a finalidade de monitorar a tramitação de processos de grande repercussão social que estejam paralisados há bastante tempo no Judiciário Brasileiro, identificando os entraves no andamento de cada caso para que sejam julgados com a maior celeridade possível nos respectivos tribunais.²⁷

O que podemos observar é que a demarcação da Reserva foi indispensável para evitar a dilapidação predatória de terras reconhecidamente ancestrais, e para que as potencialidades econômicas possam ser exploradas de forma equilibrada. Nesse contexto, vemos que é indispensável a atuação da Poder Público, com a criação de núcleos-escola, de bibliotecas comunitárias, e de um sistema de atendimento cultural, e médico. No dizer de Aziz Ab' Saber "[...] a presença bem pensada do Estado constitui uma necessidade indispensável para atendimento efetivo aos diferentes grupos étnico-indígenas da reserva e, sobretudo, para evitar invasões de especuladores e apossadores contumazes de terras." 29

A despeito do desfecho do caso na esfera nacional, no âmbito internacional, o caso foi admitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 23/10/2010³⁰, ou seja, após a decisão pelo STF. A denúncia teve como peticionários o Conselho Indígena de Roraima (CIR) e *Rainforest Foundation US*, alegando em apertada síntese a demora injustificada de 1977 a 2009 do processo administrativo de demarcação, a ocorrência de frequentes incidentes violentos contra a população indígena, além da degradação ambiental que estaria afetando a vida e a integridade das vítimas por conta da contínua presença de não indígenas no território ancestral, com a restrição de circulação no território e de liberdade de exercício de sua cultura.

Alegaram as organizações peticionárias que a decisão do STF viola direitos, dentre eles o direito à consulta prévia aos povos indígenas das 167 (cento e sessenta e sete) comunidades localizadas em quatro etnorregiões que são compostas por uma população conjunta de 18 mil) indígenas.³¹ O embasamento legal utilizado na denúncia foi a violação aos Artigos I, II, III, VIII, IX, XVIII

e XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e dos Artigos 1.1, 2, 4, 5, 8, 12, 21, 22, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em resposta à Comissão, o Estado Brasileiro alegou a inadmissão da petição por ausência de esgotamento das vias internas, ressalvando que a defesa dos direitos indígenas pode ser exercida tanto na via administrativa – como ocorre no procedimento demarcatório – quanto na via judicial, por meio de ação declaratória, ou ação popular. Informou também que o Brasil e a Funai vêm promovendo a indenização e a remoção dos ocupantes não indígenas, além de realizar ações nas áreas de saúde, educação, desenvolvimento e cidadania, alegando ao final que os recursos interpostos por terceiros fizeram com que o andamento do processo fosse postergado.

Vemos que essas são as primeiras cenas dos capítulos no desenrolar da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol junto à Comissão Interamericana, e que, dependendo do transcorrer, poderão desaguar na Corte Interamericana, colocando o Brasil novamente no foco das discussões humanitárias envolvendo as comunidades indígenas.³²

Outro caso recente envolvendo comunidades indígenas no Brasil se deu na concessão de medida cautelar pela Comissão da CIDH em favor dos membros da comunidade situada na bacia do Rio Xingu, no Estado do Pará.³³ O pedido da cautelar foi fundado na necessidade de proteger a vida e a integridade pessoal das comunidades situadas na área de construção da usina hidrelétrica Belo Monte, ameaçadas pelo impacto ambiental.³⁴ A CIDH solicitou ao Governo Brasileiro que suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da UHE – Usina Hidrelétrica de Belo Monte, impedindo a realização de qualquer obra material de execução.

Após 29 de julho de 2011, durante o 142º período de Sessões, a CIDH avaliou a medida cautelar e, com base nas informações enviadas pelo Estado aos peticionários, a Comissão entendeu por bem modificar o objeto da medida cautelar para que o Estado adote as seguintes medidas: i) proteja a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu, e a integralidade cultural de mencionadas comunidades, com a implementação de medidas para a mitigação dos efeitos futuramente causados pela construção da represa Belo Monte; ii) proteja a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte; iii) garanta a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu que estão pendentes, com a adoção de medidas efetivas para a proteção de mencionados territórios ancestrais, ante a apropriação ilegítima e ocupação por não indígenas, e frente a exploração ou deterioramento de seus recursos naturais.³⁵

Em outubro de 2010, o Estado brasileiro foi convocado para uma audiência sobre a medida cautelar concedida para a suspensão de Belo Monte, porém, nenhum representante compareceu. Enquanto isso, no âmbito da jurisdição interna, a Justiça Federal havia concedido liminar determinando a paralisação parcial no andamento das obras, porém, a medida foi revogada em 16/12/2012 pela 9ª Vara Ambiental.³⁶ Diversas discussões ainda vêm sendo travadas sobre a construção de Belo Monte na esfera tanto da jurisdição nacional quanto na esfera internacional, além disso, o próprio governo tem admitido falhas na condução das políticas indigenistas no Brasil.³⁷

5. A evolução no tratamento da demarcação de terras ancestrais na corte

O caso da comunidade indígena Awas Tingui foi visto como um divisor de águas na jurisprudência internacional, pois foi a primeira vez que a corte Interamericana assume a defesa aberta dos direitos dos povos indígenas, conforme assevera Rodolfo Stavrnhagen.³⁸ Desse momento em diante, há uma significativa evolução jurisprudencial no sentido de ampliar a proteção e a defesa dos direitos humanos dos povos indígenas (criação pretoriana), passando a reconhecer o direito à propriedade coletiva como tradição comunitária, pois a relação dos povos indígenas com a terra não é somente uma questão de posse, tendo um viés imaterial. Noutra demanda, envolvendo a comunidade indígena Yakye Axa *versus* Paraguai,³⁹ restou firmado no julgado que a ruptura da relação com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde dessas populações, influindo nas gerações futuras.

Donde se vê que o respeito à identidade cultural vem ganhando na Corte uma interpretação ampliativa e dinâmica – na esteira da Corte Europeia – no sentido de tornar a Convenção um instrumento vivo e capaz de acompanhar as evoluções temporais e as condições de vida atual.⁴⁰

Outro avanço importante ocorrido na Corte se deu em matéria da reparação, no dizer de Jo. M. Pasquale; "[...] sua maior contribuição para o Direito Internacional dos Direitos Humanos", ⁴¹ em que as reparações num movimento não apenas quanto ao pagamento de indenizações, mas também, buscando aumentar as condenações dos Estados violadores sugerindo por vezes, a modificação ou revogação de legislação interna que se mostre em dissonância com a Convenção Americana, requerendo até a anulação ou execução de sentença proferida por Corte doméstica.

Outro ponto importante, é que a Corte, a partir de então, firma o entendimento de que os povos indígenas possuem o direito coletivo à propriedade das terras que tradicionalmente usam e ocupam, seus direitos passam a ser reconhecidos como costumeiros, existindo independentemente do reconhecimento de títulos de propriedade emitidos pelo governo.⁴²

Por tudo se conclui que para a Corte a identidade cultural é um componente agregado ao próprio direito à vida *lato sensu*, e se violada a identidade cultural, a própria vida vê-se inevitavelmente violada.⁴³

6. Conclusão

Como pudemos observar, a demarcação de terras indígenas objetiva preservar a permanência das comunidades indígenas em suas terras ancestrais, como meio necessário à manutenção do equilíbrio do ecossistema e a preservação dessas comunidades, por isso indispensável o apoio do Poder Público na tutela da preservação dos direitos.

A Declaração Americana sobre Direitos do Homem de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, embora não tratem diretamente da propriedade indígena, o direito de propriedade como um todo acaba por receber interpretação extensiva para albergar a proteção das terras ancestrais.

O caso da comunidade Awais foi de extrema importância no cenário da Corte Interamericana como paradigma para as demandas que surgiram posteriormente, pois desse momento em diante o direito as terras ancestrais ultrapassam questões meramente de cunho material. Passou-se a discutir elementos imateriais como a necessidade de preservação da cultura, dos costumes e até mesmo a saúde da comunidade aborígene.

A demarcação de terras indígenas merece mais atenção do Poder Público como um todo, tantos nos processos em curso na via administrativa quanto na esfera judicial, devendo ser mais céleres os trâmites sob pena de perecimento dos direitos de toda uma comunidade. O que se vê é que terceiros não índios acabam por se beneficiar com a exploração indevida de áreas que deveriam ser preservadas pelo Poder Público. Com o objetivo de mudar esse cenário, é indispensável a implementação de políticas públicas voltadas aos povos indígenas, pois requerem atenção especial conforme previsto na Carta Magna pátria.

7. Notas

- ¹ Mestre em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário Fieo (Unifieo). Especialista em Processo Civil e Direito Civil pela referida instituição. Graduada pela Universidade Paulista. Pesquisadora do Grupo de Estudos de Sistemas e Tribunais Internacionais (Gesti) do Unifieo (CNPQ Certificado pela instituição). Servidora pública.
- ² Destaque-se que o Brasil, embora seja membro da OEA desde sua instituição, em 1948, e embora tenha assinado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, somente veio a ratificá-la em 1982, mediante depósito do respectivo instrumento junto ao Secretário-Geral da OEA. E apenas em 1998 reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo a partir de então ser demandado (Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998).
- ³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, Danielle (Coord.). Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica. p. 18.
- ⁴ *Ibid.*, p. 23.
- ⁵ Disponível em: <www.oas.org/pt/so-bre/assembleia_geral.asp.> Acesso em: 9 jan. 2012.
- ⁶ RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. Direitos dos povos indígenas: da Nova Espanha até a Modernidade. In: WOLKMER. *Direito e Justiça na América Indígena*. Da Conquista à Colonização. 1998. p. 235.

- ⁷ Trabalho em andamento na Comissão de Assuntos de Assuntos Jurídicos e Políticos da OEA. Disponível em: <www.oas. org/consejo/pr/cajp/indigenas%20documentos.asp.> Acesso em: 9 jan. 2012.
- ⁸A Human Rights Education é uma organização internacional não governamental que apoia a educação e a capacitação de ativistas e profissionais em direitos humanos desenvolvendo materiais ou programas educacionais de formação de redes comunitárias. Disponível em <www. hrea.org.> Acesso em: 9 jan. 2012.
- ⁹ Em 1990 foi criada a relatoria sobre direitos dos povos indígenas, levando em consideração a sua vulnerabilidade. Atualmente a relatoria é exercida por Dinah Sheldon (Estados Unidos, desde 2010).
- ¹⁰ O plano de trabalho de 2010-2011 contou com 5 reuniões para negociações e busca de consenso, contando com a plena e efetiva participação dos representantes dos povos indígenas.
- ¹¹ O grupo tem como atividades: a) a formação e capacitação; b) a promoção do tema acerca dos povos indígenas das Américas; c) a integração de projetos indígenas na OEA; d) o atendimento às necessidades específicas do grupo. Disponível em: <www.oas.org/dil/esp/indigenas. htm.> Acesso em: 1 jan. 2012.
- ¹² Formada em 9/12/1994, prevê uniões comerciais e o desenvolvimento dos países. Busca elaborar declarações e planos de ação para chefes de Estado e governo para a promoção do acesso à educação, organização de conferências nacionais entre os povos indígenas, desenvolvimento sustentável, cultural, social e econômico.
- ¹³ A íntegra poderá ser obtida na biblioteca virtual de direitos humanos da USP. Disponível em: <www.direitoshumanos.</p>

- usp.br/index.php/Agenda-21-RIO-92-ou-ECO-92/capitulo-26-reconhecimento-e-fortalecimento-do-papel-dos-populacoes-indigenas-e-suas-comunidades. html.> Acesso em: 9 jan. 2012.
- ¹⁴ Submetido à Corte em 4/6/1998, originado da denúncia nº 11.577, recebido na Secretaria da Comissão em 6/10/1995. Com base no art. 21 da Convenção, a Corte reconheceu o caráter coletivo do direito à terra dos índios Awais Tingni, bem como a intrínseca relação entre a terra, a cultura e a espiritualidade daquele povo.
- ¹⁵ A Comissão enviou o informe ao Estado e fixou o prazo de 60 dias para que comunicassem sobre a adoção das medidas fixadas.
- ¹⁶ A Nicarágua é Estado-parte desde 25/9/1979, reconhecendo a competência contenciosa desde 12/2/1991.
- ¹⁷ PET nº 3.388/RR Roraima. Rel. Min. Carlos Britto. Julgamento realizado em 19/3/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal.
- ¹⁸ Em 15 de abril de 2005.
- ¹⁹ Área de fronteira com os Estados da Guiana e da Venezuela.
- ²⁰ Na reserva vivem aproximadamente 19 mil indígenas, que há mais de 30 anos pleiteiam a demarcação física da área, brigando contra a ocupação de fazendeiros e arrozeiros. Disponível em: <www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1969>. Acesso em: 11 jan. 2012.
- ²¹ Art. 4º do Decreto nº 1.775/96. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 22 jan. 2012.
- ²² Como um dos principais instrumentos de proteção indígena, além da Carta Magna, podemos citar a Lei nº 5.371/67,

- que criou a Funai; Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio); Decreto nº 5.051/04 (promulgou a Convenção nº 169 da OIT); Decreto nº 7.056/09 (instituiu o estatuto da Funai).
- ²³ Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s 1=raposa+serra+do+sol&base=baseAcord aos.> Acesso em: 11 jan. 2012.
- ²⁴ Em 15/6/2011, o Projeto de Decreto Legislativo nº 2.540/2006, que cria uma usina hidrelétrica no rio Contigo, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, foi aprovado pela Comissão de Minas e Energia e passará pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) para chegar ao plenário do Congresso Nacional. A construção provavelmente atingirá com inundações as comunidades indígenas Macuxi e Ingarikó. Fonte: O Eco Ambiental.
- ²⁵ A favor da demarcação, porém com algumas divergências entre as 19 condicionantes os Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Eros Grau, César Peluzo, Carlos Ayres Brito, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Celso Melo e Ellen Gracie.
- ²⁶ O programa Justiça Plena foi lançado pela Corregedoria Nacional de Justiça em novembro de 2010, durante a sessão plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Consiste no apoio administrativo na gestão de processos. Prevê, na primeira etapa, o acompanhamento de 200 casos, sendo 100 no primeiro ano e a outra metade no segundo ano.
- ²⁷ Portal do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: cnj. Acesso em: 11 jan. 2012.

²⁸ "Em um contexto cada vez mais caracterizado pela relação entre Estados, regiões e instituições internacionais, marcado pelo processo de integração regional e globalização econômica, o Terceiro Milênio reserva como maior débito e desafio a incorporação dos direitos humanos, como paradigma central de uma ordem mais democrática e igualitária, nos planos local, regional e global", conforme assevera Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. In: GRAU, Eros Roberto (Org.). Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 617-652.

²⁹ Texto: "A região da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. Prévias para seu entendimento. Est. av. v. 23. n. 65. São Paulo, 2009. O autor insiste para a criação das chamadas zonas de tampão ("buffer zones"), para serem implantadas a cada quatro ou cinco quilômetros da margem do rio, uma espécie de núcleo para o atendimento dos indígenas. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142009000100012&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 jan. 2012.

³⁰ Relatório nº 125/2010, Petição nº 250-04. Admissibilidade. Povos indígenas da Raposa Serra do Sol Brasil. A CIDH foi criada por resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile, em 1959, sendo formalmente instalada em 1960, quando o Conselho de Organização aprovou seu Estatuto. O Regulamento da Comissão, aprovado em 1980, foi modificado em várias oportunidades, a última delas em 2006. Disponível em: <www.oas.org/pt/sobre/comissao_direitos_humanos.asp.> Acesso em: 23 jan. 2012.

- ³¹ Disponível em: <www.cidh.org/annu alrep/2010port/BRAD250-04PO.doc.> Acesso em: 23 jan. 2012.
- ³² No link poderão ser encontrados todos os casos contra o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <www.justica. sp.gov.br/novo_site/paginas/tabela_comissao.html>. Acesso em: 23 jan. 2012.
- ³³ Medida Cautelar nº 382/2010, concedida em 1º de abril de 2011, outorgada pela CIDH.
- ³⁴ A cidade de Altamira e mais dez municípios serão atingidos com a construção da usina (Senador José Porfírio, Porto de Moz, Anapu, Vitória do Xingu, Medicilândia, Gurupá, Brasil Novo, Placas, Uruará e Paracá), com a população total direta e indireta afetada de 317.472 habitantes. Disponível em: <www.socioambiental.org/esp/bm/loc.asp>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- ³⁵ Disponível em: <www.cidh.org/me didas/2011.port.htm>. Acesso em: 11 jan. 2012.
- ³⁶ Até o ano de 2011, o MPF já havia ajuizado 10 Ações Civis Públicas. A última, nº 968-19.2011.4.01, trata de que a modalidade de licença concedida pelo Ibama (licença parcial prévia de instalação) não existe na legislação brasileira para este tipo de obra. Disponível em: http://moodle.stoa.usp.br/file.php/1087/relatorio_Belo_Monte_1_. Acesso em: 26 jan. 2012.
- ³⁷ Cf. Disponível em: <www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/ministro-admite-erros-na-conducao-da-politica-indigenista-do-governo>. Acesso em: 6 ago. 2013.
- ³⁸ Ex-relator da ONU para os direitos dos povos indígenas, em reportagem a

- BBC. Disponível em: www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/06/printable/080611_indiosrelator. Acesso em: 26 jan. 2012.
- ³⁹ Relatório nº 2/02, Admissibilidade Caso nº 12.313. Comunidade indígena Yaxye Axa Del Pueblo Enxet-Lengua Paraguai. Disponível em: <www.cidh.org/annualrep/2002port/Paraguai.12313. htm>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- ⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153.
- ⁴¹_____. apud Jô M. Pasqualucci. The practice and procedure of the Iner-American Court on Human Rights. p. 289-290.
- ⁴² Para a Comissão, a integridade das culturas indígenas inclui também aspectos de organização social produtiva, havendo a necessidade de os Estados providenciarem medidas especiais legais de proteção à terra para a continuidade da identidade cultural.
- ⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional:* um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154.

8. Referências Bibliográficas

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, Danielle (Coord.). Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
 - ______. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. In: GRAU, Eros Roberto (Org.). Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
- RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos povos indígenas: da Nova Espanha até a Modernidade. In: *Direito e Justiça na América Indígena*. Da Conquista à Colonização. Wolkmer, 1998.

A JUDICIALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES LABORAIS E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Vagner Gomes Alves1

1. Introdução

O presente artigo pretende demonstrar a intrínseca correlação entre os fenômenos da terceirização, da judicialização e do ativismo judicial nas relações sociais no Brasil contemporâneo.

Notamos que a terceirização, em nosso país, assimilou os efeitos da história socioeconômica de países europeus e também irradiou efeitos nos Estados Unidos da América.

Trata-se de um fenômeno que à primeira vista se configura irreversível e que criou raízes por meio de um esforço histórico e inconteste da interpretação da justiça laboral no país, apesar de ser um processo montado à luz da "Ciência da Administração na necessidade de reestruturação da empresa, para torná-la enxuta e focalizada em seus objetivos essenciais."²

No afă de ditar as regras principiológicas de aplicação do fenômeno ao caso concreto, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, desde antes do advento da atual Carta Magna, procurou demonstrar qual seria o cerne, o modelo, a servir de parâmetro para a sociedade brasileira.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2014/19) n.19: 323-xxx - UCAM (Rio de Janeiro)

Porém, a sua jurisprudência foi vacilante no curso da história e não suportou a realidade dos fatos socioeconômicos.

Nesta linha de raciocínio, observamos que a terceirização vem se comportando como uma prática de mercado moderna e aparentemente irreversível sem notícias sobre o seu arrefecimento. Seus tentáculos convivem historicamente em nosso país sem regulamentação específica, o que torna a sua aplicabilidade uma prática sensível e perigosa se não for observado o mínimo de direitos à dignidade humana dos trabalhadores.

Tendo em vista a lacuna legislativa sobre o tema da terceirização, surge a necessidade de o Poder Judiciário tornar-se criativo e desenvolver mecanismos de solução ao tratamento jurídico a ser dado à terceirização, amoldando-se perfeitamente na doutrina do Eminente Ministro Luis Roberto Barroso como um *hard case*.³

Veremos, também, através do presente estudo, que a descrença e a inércia do Parlamento Brasileiro é uma realidade que de forma direta ou indireta deu azo à Judicialização e ao chamado Ativismo Judicial.

Diante disso, não poderíamos deixar de mencionar a firme conceituação do fenômeno da judicialização e do ativismo judicial que, de certa forma, servirão de base à compreensão do presente artigo.

2. Desenvolvimento

Não restam dúvidas de que a temática atinente à terceirização das atividades laborais tem sido muito debatida por todos os setores da sociedade no Brasil. Superando as discussões doutrinárias sobre o tema, sabemos que desde a origem da palavra terceirização se traduz numa entrega de atividades periféricas e não finalísticas de determinada atividade empresarial a um terceiro que domina com *expertise* tarefas não nucleares da empresa contratante ou da tomadora de serviços.

Porém, no Brasil, como o tema carece de Legislação Especifica para determinar a sua conceituação, parâmetros e destinação, coube ao Poder judiciário determinar as grades mínimas principiológicas a serem seguidas pelo aplicador do direito. Com isso, surgem indagações das mais diversas sobre a atuação do judiciário a respeito do tema. A mais comum seria saber qual mecanismo a ser adotado pelo Poder Judiciário na solução a este caso difícil (*hard case*)?

Partindo da premissa dogmática do direito laboral, observamos que a Justiça do Trabalho faz um esforço histórico para monitorar a prática da terceirização ciente de que se trata de um fenômeno aparentemente irreversível, assim como a globalização.

Tratou essa Justiça Especializada de criar uma verdadeira blindagem jurisprudencial diante deste tema globalizante que afeta as relações de trabalho e de emprego, objetivando a garantir o mínimo de direitos essenciais aos trabalhadores inseridos no processo da terceirização.

Desde 1986, através da Súmula nº 256, o C. Tribunal Superior do Trabalho travou uma batalha objetivando exaurir o tema de forma taxativa como se observa na literalidade do verbete sumular:

Contrato de prestação de serviços. Legalidade (Res. 4/1986, DJ 30/09/1986. Revista pela Súmula nº 331 – Res. 23/1993, DJ 21/12/1993. Cancelada – Res. 121/2003, DJ 19/11/2003). Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03/01/1974, e 7.102, de 20/06/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. 4

Percebe-se que o entendimento à época sobre a terceirização das atividades laborais optou pela interpretação restritiva (*numerus clausus*) ligada ao trabalho temporário e aos serviços de vigilância, sob pena de caracterizar o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. Além do mais, esta redação taxativa da Súmula nº 256 do C. Tribunal Superior do Trabalho entrou em conflito à época com a redação exemplificativa contida nos artigos 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/1967 e 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/1970, que dispõem sobre a descentralização de serviços no âmbito da administração pública federal.

Tendo em vista o advento da Carta Magna de 1988, restou a dúvida a respeito de como ficaria a aplicação da súmula 256 do C. Tribunal Superior do Trabalho após a redação do art. 37, inciso II e § 2º da CRFB/1988, que não permite o reconhecimento de vínculo de emprego com o ente público sem prévia aprovação em concurso.

Nesta linha histórica de raciocínio no direito brasileiro, eis que surgiu à época a preocupação diante da aplicabilidade do direito ao caso concreto. E diante desta preocupação o C. Tribunal Superior do Trabalho promoveu uma verdadeira flexibilização interpretativa diante deste desacordo moral e jurídico razoável que é inerente ao tema da terceirização editando a Súmula de Jurisprudência nº 331 de 21/12/1993, cancelando, por vias transversas, o Enunciado nº 256. Assim, estava na origem a sua redação:

TST Enunciado nº 331 – Revisão da Súmula nº 256 – Res. 23/1993, Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade.

I – A contratação irregular de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.74);

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 – TST);

III — Não forma vínculo de emprego como tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial."⁵

Observa-se que, diante da evolução jurisprudencial trabalhista, o C. Tribunal Superior do Trabalho escreveu na história brasileira mais um típico exemplo de judicialização de direitos sociais.

É certo que este cenário foi montado diante de um Modelo Estatal permissivo ao qual estamos inseridos. Este é o sistema vigente.

A ascensão institucional do Poder Judiciário é uma realidade, haja vista a transição vitoriosa de um modelo de Estado Legislativo de Direito para um Modelo de Estado Constitucional de Direito, como bem nos ensina, na sua magistral doutrina, Luis Roberto Barroso:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a

Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.⁶

Encaixa-se, aqui, neste ponto, o entendimento adotado pelo Poder Judiciário Trabalhista ao caso de difícil solução, valendo-se de forma legítima de um modelo estatal calcado na ascensão institucional, "do reconhecimento de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas."⁷

Este é o exercício da judicialização, onde:

questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico.8

É notório observar que o Poder Judiciário se tornou uma instância decisória de certas questões sociais da mais alta complexidade. Mas, isso não aconteceu por acaso, e como nos ensina Barroso,

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafotetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.9

No Brasil, em particular, assistimos o fenômeno da judicialização com proporções ainda maiores "em razão de uma constitucionalização analítica e abrangente." ¹⁰

Constitucionalizar na magistral doutrina do Exmo. Ministro Luis Roberto Barroso é o ato de

"retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas." ¹¹

Por ora, nota-se que fica evidente e inquestionável a atuação jurisdicional de duas das maiores Cortes deste país tentando suprir lacunas deixadas pelo legislador brasileiro.

É interessante salientar que, além da judicialização, devemos ainda observar neste contexto a figura do ativismo judicial, que também é inerente a esse desenho do modelo institucional vigente.

Ao contrário do que se entende por judicialização, conforme exposto anteriormente, que se trata de um fenômeno intrinsecamente ligado ao desenho estatal brasileiro, temos em contrapartida, na relevante lição de Barroso, que o ativismo judicial é:

uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. [...] ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. 12

Tamanha dificuldade tornou-se a aplicação do tema terceirização que na prática levou ao Supremo Tribunal Federal debruçar-se sobre a complexa questão com o fito de determinar a melhor forma de apuração da responsabilidade subsidiária da Administração Pública em inúmeros contratos celebrados no território brasileiro através do julgamento da ADC 16.

Relembrando através de uma síntese deste julgamento, julgou o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do artigo 71, \$1º da Lei nº 8.666/1993, que traz na sua redação uma isenção de responsabilidade quanto ao inadimplemento das verbas laborais da prestadora de serviços contratada por um determinado ente federativo ou entidade da administração pública. Indo de encontro ao disposto no artigo 37, \$6º da CRFB/88 que trata especialmente da responsabilidade estatal calcada na teoria do risco administrativo.

Em linhas gerais, verifica-se que foi levado à Suprema Corte mais uma colisão de normas. Tratando-se esta colisão parte do complexo "desacordo moral razoável intrinsicamente ligado a uma sociedade pluralista e diversificada." ¹³

Diante dessa colisão, podemos amoldar tipicamente a presente questão com a doutrina do Ilustre Ministro Luis Roberto Barroso,

É o caso, por exemplo, da tensão entre desenvolvimento nacional e proteção do meio ambiente ou entre livre--iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico. Também é possível a colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito de privacidade, ou entre a liberdade de reunião e o direito de ir e vir (no caso, imagine-se, de uma passeata que bloqueie integralmente uma via de trânsito essencial). Por fim, é possível cogitar de colisão de direitos fundamentais com certos princípios ou interesses constitucionalmente protegidos, como o caso da liberdade individual, de um lado, e a segurança pública e a persecução penal, de outro. Em todos esses exemplos, à vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição, naquela situação específica.¹⁴

Todas essas hipóteses referidas – ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas – recaem em uma categoria geral que tem sido referida como casos difíceis (*hard cases*). "Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção."¹⁵

3. Conclusão

Diante disso, é imperioso notar e depreender que estamos inseridos num modelo estatal onde os ditames da Constituição da República Federativa do Brasil são as molas propulsoras de grande valia a permitir a repercussão e a existência do fenômeno da judicialização numa moderna democracia. Este é modelo estatal, onde temas da mais alta relevância social são tratados como hard cases ávidos por uma resposta às pretensões judicializáveis patrocinadas por quem na verdade deveria dar a resposta, ou seja, patrocinadas por agentes políticos muitos das vezes despreparados para tal mister diante de uma complexa relação social do mundo moderno.

Sem pretender esgotar o presente estudo, assim como sem pretender direcionar os leitores a uma única razão e vontade única, aceitamos posições contrárias à adoção da interdisciplinaridade sistemática que envolve o presente estudo. Haja vista estarmos todos inseridos num projeto de sociedade pluralista e diversificada, através de um mosaico de ideologias das mais diversas possíveis.

Este é modelo, este é o desenho do Estado brasileiro a partir de 1988, com o advento da Constituição Cidadã.

4. Notas

- ¹ Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes. Assessor Jurídico do Ministério Público do Trabalho – PRT da 1ª Região (RJ) – Coordenadoria Nacional de Combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública (Conap). Pós-graduando em direito do trabalho e processo do trabalho na Universidade Candido Mendes (RJ).
- ² AMORIM, Helder Santos. *Terceiriza-ção no serviço público:* Uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: Ltr, 2009. p. 42.
- ³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 1997. p. 81. In: Artigo. BAR-ROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 26.
- ⁴ VILLELA, Fabio Goulart. Estudos Temáticos de Direito do Trabalho para a Magistratura e o Ministério Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 59.
- ⁵AMORIM, Helder Santos. op. cit. p. 119.
- ⁶BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial:* Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 4-5.
- 7 Ibid.
- 8 *Ibid.*, p. 6.
- ⁹ YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia. *International Journal on Human Rights*, v. 6, n. 49, p. 57, 2007. In: BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial:* Direito e Política no Brasil Contemporâneo. pag. 7.

- ¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit*, p. 7-8.
- 11 Ibid.
- ¹² *Ibid.*, p. 11.
- ¹³ *Ibid.*, p. 25.
- 14 Ibid.
- 15 *Ibid.*, p. 11.

4. Referências Bibliográficas

- AMORIM, Helder Santos. *Terceirização* no serviço público: Uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: Ltr, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição*, *Democracia e Supremacia Judicial*: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 1997.
- DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. In: BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial:* Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 1997. p. 81.
- VILLELA, Fabio Goulart. Estudos Temáticos de Direito do Trabalho para a Magistratura e o Ministério Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia, In: BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. International Journal on Human Rights, v. 6, n. 49, 2007.



RESUMOS E ABSTRACTS



Enfrentamento às drogas: efetividade de uma política retórica

Aderlan Crespo, Bruna de Souza Pimentel, Tatiana Lourenço Emmerich de Souza, Carolina de Castro Miranda

Resumo: O presente artigo revela o trabalho desenvolvido pelo grupo de pesquisa em criminologia e direito penal, especificamente sobre a aplicação da lei de drogas, no que diz respeito aos resultados obtidos pelos órgãos públicos de controle social, que integram o sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: A lei de drogas. Resultados. Sistema de justiça criminal.

Drug control: effectiveness of a political rhetoric

Abstract: This article reveals the work of the research group in criminology and criminal law, specifically on the implementation of the drug law, with respect to the results obtained by the public agencies of social control, which comprise the criminal justice system.

Keywords: The drug law; to the results; criminal justice system.

O homem do conhecimento: aquele que dista dois graus da vida – por um regresso à arte

Flavia Bruno

Resumo: O presente artigo tem como objetivo mostrar que o venerado homem do conhecimento, orgulhoso de suas conquistas intelectuais, na verdade dista dois graus da vida: o conceito, objeto do conhecimento, é uma abstração, uma redução do que se oferece à sensibilidade; e o que se oferece à sensibilidade é, por sua vez, também uma redução do mundo, uma seleção do que interessa ao sujeito da percepção. De acordo com Nietzsche, para vencer as forças do conhecimento e aproximar-se da vida, são necessárias as forças prodigiosas da arte.

Palavras-chave: Conhecimento. Percepção. Arte. Aristóteles. Nietzsche.

The man of knowledge: that which is distant two degrees of life – by a return to art

Abstract: This article aims to show that the revered man of knowledge, proud of their intellectual achievements, actually is distant two degrees of life: the concept, object of knowledge is an abstraction, a reduction of what is offered to the sensibility and the thing that is offered to the sensibility, in turn, also is a reduction, a selection of what interests the subject of perception. According to Nietzsche, to overcome the forces of knowledge and approach life, the prodigious forces of art are necessary.

Keywords: Knowledge. Perception. Art. Aristotle. Nietzsche.

* * * * *

As Unidades de Polícia Pacificadora e o Complexo do Alemão

Roberta Duboc Pedrinha

Resumo: Este trabalho refere-se às Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) e retrata particularmente sua implantação no Complexo do Alemão. Apresenta a construção da versão oficial do Governo do Estado do Rio de Janeiro sobre as UPP. Em perspectiva dialética, aponta os desvelamentos elaborados na versão dos moradores do Complexo do Alemão e dos Coletivos de Direitos Humanos, ao tecerem sua crítica. Por fim, sintetiza as suas considerações finais por meio da demonstração dos resultados e desdobramentos produzidos, através de um balanço.

Palavras-chave: Polícia. Violência Institucional. UPP. Complexo do Alemão.

Pacifying Police Units and Complexo do Alemão

Abstract: This work is about the Pacifying Police Units (UPP's) and its installation at the Complexo do Alemão. It shows the construction of Rio de Janeiro's official version Government about the Pacifying Police Units (UPP's). Dialectically, this paper points out the unveilings constructed by the inhabitants from Complexo do Alemão and by the collective human rights as making their critics. Finally, synthesize their conclusions through the demonstration of the findings and developments produced through a balance.

Keywords: Police, Institutional Violence, UPP and Complexo do Alemão.

Acordos de convivência em marcas no Brasil: um breve estudo de caso

Alessandra Almada de Hollanda, Claudio Felipe Alexandre Magioli Nuñez, Marcio Fernando Bouças Laranjeira, Pedro Bastos de Souza, Rafael Bittencourt Carvalhaes, Rafael Meirelles Saldanha, Renata Rogar, Ricardo Luiz Sichel

Resumo: Em uma sociedade de consumo, as marcas de serviços e produtos ocupam lugar de destaque. Torna-se relevante debater a possibilidade de uma parte, detentora do registro de uma marca, permitir que outra a utilize – ainda que de modo não idêntico e segundo parâmetros fixados de comum acordo. O presente estudo tem como objetivo analisar as possibilidades e limitações em relação à celebração de acordos de convivência no âmbito do direito marcário. Apresentam--se questões conceituais referentes à marca e ao princípio da especialidade. Realiza-se uma breve exposição sobre a perda ou enfraquecimento da propriedade marcária para, em seguida, abordar o acordo de convivência de forma teórica. Após a análise teórica, é realizado um breve estudo de caso sobre a posição do Poder Judiciário brasileiro quanto ao tema.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Acordo de convivência. Marcas.

Trademark coexistence agreements in Brazil: a brief case study

Abstract: In a consumption society service marks and products occupy a prominent place. Become important to

discuss the possibility of a part, holding the registration of a mark, allow another to use it - though not identical, and so according to parameters set by mutual agreement. The present study aims to analyze the possibilities and limitations related to trade mark coexistence agreements. It Presents conceptual issues relating to the brand and the principle of specialty. It brings a brief statement about the loss or weakening of property mark and approaches the agreement of coexistence in a theoretical way. After the theoretical analysis, it presents a brief case study about the position of Brazilian courts.

Keywords: intellectual property; coexistence agreement; trademark.

A judicialização e a juridicização da política e das relações sociais no contexto brasileiro

Andréa Geraldes Cabral Walter

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os fenômenos da judicialização e juridicização da política e das relações sociais no Brasil. Percorre antecedentes históricos para identificar as mudanças pelas quais passou a sociedade brasileira nas últimas décadas. Expõe a crise dos Poderes Constituídos e apresenta a solução extrajudicial dos conflitos como medida necessária para contorná-la. Nesse contexto, pontua a importância de outras instituições jurídicas, tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública, na defesa dos interesses da sociedade. Conclui pela ascensão da democracia deliberativa, como resultado do processo de abertura política e de redemocratização do país. Aponta, ainda, para o surgimento de espaços públicos não estatais de pactuação e superação dos obstáculos através do diálogo e do consenso.

Palavras-chave: Judicialização. Juridicização. Política. Democracia. Extrajudicialidade.

The judicialization and the juridicization of politics and social relations in brazilian context

Abstract: This article aims to analyze the phenomenon of judicialization and juridicization of politics and social relations in Brazil. It traverses historical background to identify the changes that society has undergone in the last decades. It exposes the Constituted Powers crisis and presents the extrajudicial solution of conflicts as a necessary step to get around it. In this context, it points out the importance of other legal institutions, as the Prosecuting Counsel and the Public Defender's Office, in defense of society's interests. It concludes the rise of deliberative democracy, as a result of the process of political opening and democratization of the country. Also points to the emergence of non-state public spaces for negotiation and overcoming obstacles through dialogue and consensus.

Keywords: Legalization. Juridicization. Politics. Democracy. Extrajudiciality.

Desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da administração pública

Cristiana Muraro Társia, Thales Tebet da Cruz, Priscilla de Souza Pestana

Resumo: O presente artigo aborda a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Administração Pública. Após breve contextualização, serão apresentados os entendimentos favoráveis e os argumentos contrários à possibilidade de se desconsiderar a autonomia de pessoas jurídicas no bojo de processos administrativos, expondo-se as previsões legislativas e os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Desconsideração da personalidade jurídica. Administração Pública. Processo administrativo.

Disregard of legal entity doctrine on administrative procedures

Abstract: This paper approaches the application of the disregard doctrine within the framework of Public Administration. After a brief exposition of the doctrine and its historical evolution, will be presented the favorable understandings and the arguments against the possibility of disregarding the autonomy of legal entity on administrative procedures, exposing legal provisions and the doctrinal and jurisprudential positions regarding the theme.

Keywords: Administrative Law. Disregard Doctrine. Public Administration. Administrative procedure.

A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica – pressuposto inarredável para a atuação dos órgãos públicos e imprescindível para o desenvolvimento sustentado do País

Fabio Schwartz

Resumo: O objetivo do presente artigo é demonstrar que o estabelecimento da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, pelo constituinte originário, tem como consequência inarredável o balizamento da atuação dos órgãos, mesmo daqueles que não sejam voltados exclusivamente para defesa do consumidor, os quais devem se portar de maneira proativa em favor do sujeito de direitos vulnerável, que é o consumidor. Tal atuação é fator imprescindível para o desenvolvimento sustentado do país, na medida em que, garantindo a igualdade substancial entre os sujeitos envolvidos nas relações de consumo, permite-se a formatação de produtos e serviços com maior qualidade, estabelecendo uma nova lógica mercadológica no sentido de se maximizar a satisfação do consumidor e, ao mesmo tempo, garantir um retorno econômico/financeiro para as atividades empresariais. Trata-se de princípio impositivo, de caráter conformador, sendo inconstitucional qualquer atuação que se afaste deste norte.

Palavras-chave: Defesa do consumidor. Princípio da ordem econômica. Conformação da atuação dos órgãos estatais. Dever de atuação proativa. Agências reguladoras. Inconstitucionalidade de atuação indiferente, imparcial (ou

neutra). Aperfeiçoamento do mercado de consumo. Globalização. Desenvolvimento sustentado do país.

The consumer protection as the principle of economic order – Pre-condition for the performance of public departments and essential for sustainable development of the country

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate that the establishment of consumer protection as a principle of the economic order, the original constituents, has as a result of delineating unswerving action of the organs, even those not directed exclusively to the consumer, the which must act proactively towards the subject of vulnerable rights, which is the consumer. Such action is essential to the sustainable development of the country, to the extent that factor, ensuring substantive equality between subjects involved in consumer relations, allows the formatting of products and services with higher quality, establishing a new market logic in order to maximize consumer satisfaction and at the same time providing an economic/financial return to the business activities. It is authoritative principle of conformer character, unconstitutional action which deviates from this north.

Keywords: Consumer – Principle of economic order. conformation of the performance of state agencies. duty to proactive action. regulatory agencies. action unconstitutional indifferent, impartial (or neutral). improving the consumer market. Globalization. sustainable development of the country.

Constitucionalidade da ADPF 186 sob a luz do olhar kelseniano e realeano

Glebson Weslley Bezerra da Silva, Joanne Suzanil de Lima Alves, Raissa Braga Campelo

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar de forma crítica a constitucionalidade da ADPF 186, abordando a teoria do Positivismo Jurídico de Hans Kelsen e a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, analisando-se sua importância e finalidade na situação nacional, tendo em vista as controvérsias sobre o tema proposto. Esta que depois de inúmeras controvérsias vem a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, corroborado o princípio isonômico aplicado nas relações humanas, reportando-se assim à esfera da justiça formal, visando à igualdade entre todos, acertando que os fatores sociais são determinantes às causas de evolução e de crises dos direitos fundamentais. Durante o processo de desenvolvimento buscar-se-ão respostas esclarecedores para tal fenômeno abordado.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Positivismo Jurídico. Teoria Tridimensional.

Constitutionality ADPF 186 under the light and look kelseniano realeano

Abstract: This study aims to analyze critically the constitutionality of ADPF 186, addressing the theory of Hans Kelsen's Legal Positivism and Tridimen-

sional Theory of Law Miguel Reale, analyzing its significance and purpose in the national situation, in view of the controversies on the proposed topic. This after numerous controversies that come to be considered by the Supreme Court confirmed the principle isonomic applied in human relations, referring thus to the realm of formal justice, seeking equality among all, hitting that social factors are determining the causes of evolution and crisis of fundamental rights. During the development process will seek answers to such a phenomenon illuminating addressed.

Keywords: Constitutionality, Legal Positivism, Dimensional Theory.

Turbocapitalismo: a imobilização da vontade pelo imperialismo do mercado

Jean Eduardo Aguiar Caristina

Resumo: O presente trabalho tem como ponto de partida a análise do conceito de turbocapitalismo desenvolvido por Edward Luttwak, cuja origem é o capitalismo neoliberal globalizado adotado pela maior parte dos mercados mundiais desde meados da década de 1970. Este fenômeno assumiu proporções e velocidade que tornam duvidosa a capacidade de uma regulação efetiva pelos estados. É a partir deste cenário que se pretende investigar se a sociedade de consumo exercita sua vontade livre, racional e responsável de consumir ou se o faz mais em razão de terem sido criados espaços ocidentalizados e estandardizados por uma concepção artificial de liberdade,

inclusão e desenvolvimento. Identificadas estas premissas, propõe-se um questionamento sobre o imperialismo do consumo, que corresponde a uma regra binária determinante de formas de consumo correspondentes à manutenção de um estilo de vida definido pelo mercado, sem o devido respeito às vicissitudes, regionalidades e peculiaridades de cada sociedade.

Palavras-chave: Turbocapitalismo. Livre iniciativa. Imperialismo do consumo.

Turbocapitalism: the will's detention by market's imperialism

Abstract: This work has as its starting point the analysis of the concept of turbocapitalism developed by Edward Luttwak, whose origin is the globalized neoliberal capitalism adopted by most of the world markets since mid of 1970's. This phenomenon has assumed proportions and speed that make dubious capacity for an effective state regulation. It is from this background that we intend to investigate whether the consumer's societies exercising their free will, rational and responsible consumption or if it makes more westernized due to spaces being created and standardized by an artificial conception of freedom, inclusion and development. Identified these assumptions, we propose a question about imperialism consumption, which corresponds to a binary rule determining forms of consumption corresponding to maintaining a lifestyle defined by the market, without due regard to each societies setbacks, regionalities and peculiarities.

Keywords: Turbocapitalism. Free initiative. Consumption's imperialism

A teoria dos jogos cooperativos aplicada à exploração da infraestrutura portuária nacional

Jonas Soares dos Santos Filho

Resumo: O que pretendemos com este trabalho é estabelecer que a teoria dos jogos cooperativos pode ser observada na interação dos agentes econômicos que atuam na exploração da infraestrutura portuária nacional. Neste artigo, buscou-se estabelecer, dentre outros quesitos, de forma breve, quem são agentes econômicos, bem como uma exemplificação hipotética de situações fáticas em que se vislumbra a cooperação entre dois agentes econômicos. Nesse sentido, vislumbra-se uma grande frequência na ocorrência de jogos cooperativos entre os jogadores que atuam na referida atividade econômica.

Palavras-chave: Teoria dos Jogos Cooperativos. Exploração da Infraestrutura Portuária. Agentes Econômicos.

The cooperative game theory applied to exploration of national port infrastructure

Abstract: The intention with this work is to establish that the cooperative game theory can be observed in the interaction of economic agents that act on exploration of Brazilian port infrastructure. In this article, look for seek establish, briefly, who are economic agents, as well

as examples of hypothetical factual situations in which envisions cooperation between two economic agents. In this sense, glimpses a wide frequency occurrence of cooperative games among players who play in that economic activity.

Keywords: Cooperative Game Theory. Exploration of Port Infrastructure. Economic Agents.

O caso das rinhas de galo na Paraíba: o direito animal merece atenção

Marco Lunardi Escobar e José Otávio Aguiar

Resumo: Analisam-se no artigo as normas ambientais que histórica e atualmente permitem a realização de rinhas de galo, ainda frequentes no Nordeste brasileiro. O estudo, inserido nos trabalhos do Grupo de Pesquisas em História, Meio Ambiente e Questões Étnicas da Universidade Federal de Campina Grande, apresenta a necessidade de se evitar controvérsias que permitam que a justiça conceda decisões favoráveis à manutenção das brigas de galos. Utilizam-se como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental e a análise da legislação aplicável. A partir desses procedimentos, conclui-se que existem no Brasil garantias legais para coibir as práticas que representam crueldade contra os galos, além da presença do movimento ambientalista, que preocupa-se com a preservação dos animais.

Palavras-chave: Rinhas de galo. Fauna. Meio ambiente cultural.

The case of the cockfights Paraíba: the animal rigts deserves attention

Abstract: Analyzes on article environmental standards that historically and currently allow conducting cockfights still frequent in northeastern Brazil. The study, included in the group's research in History, Environment and Ethnic Issues, Federal University of Campina Grande, shows the need to avoid disputes that may allow justice to grant favorable to maintaining cockfights decisions. Are used as instruments to literature and documents analysis of applicable law. From these procedures, it is concluded that in Brazil there are legal safeguards to curb practices that may represent cruelty to the roosters, and the presence of the environmental movement that is concerned with the preservation of animals.

Keywords: cockfights, fauna, cultural environment

A aplicabilidade de um modelo licitatório simplificado nas sociedades de economia mista: o exemplo da Petrobras

Jullyana Costa Pereira dos Anjos

Resumo: O presente artigo versa acerca da concessão de uma forma de licitar mais simples para as sociedades de economia mista, tendo em vista a forma peculiar com que elas atuam no mercado, competindo com empresas privadas, mas precisando seguir normas próprias da Administração Pública. Nesse contexto, apresenta-se o exemplo da

Petrobras, que hoje é uma das maiores empresas de petróleo do mundo e que, por utilizar um procedimento licitatório simplificado, obtém resultados ainda melhores, agilizando seus processos e negociações. Assim, torna-se necessário demonstrar a forma como a aplicabilidade de um modelo licitatório alternativo nas sociedades de economia mista pode ser viável, tanto em termos econômicos quanto legais.

Palavras-chave: Sociedades de economia mista. Simplificação. Licitação.

The applicability of a bidding model simplified in the government-controlled companies: the example of Petrobras

Abstract: The current article deals with the concession of an easier way of bidding for the Government-controlled companies, considering the peculiar way they operate in the market, competing with private companies, but having to follow norms proper to Public Administration. In this context, the example of Petrobras, which is, nowadays, one of the biggest energy companies in the worl, is presented, and because it uses a simplified bidding procedure, it obtains even better results, speeding up its processes and negotiations. This way, it is necessary to demonstrate the way of how the applicability of an alternative bidding model in the Government-controlled companies can be viable, both in economic and legal terms.

Keywords: Government-controlled companies; Simplification; Bid.

* * * * *

A obrigatoriedade do voto em face do sistema democrático

Leonardo Oliveira Silveira Santos

Resumo: No presente trabalho, buscaremos num primeiro instante entender as particularidades da democracia, fazendo um breve relato histórico de sua evolução, principalmente no Brasil. Adiante passaremos a entender o que é voto, suas especificações, os principais tipos de votos existentes. Claro que, com isso, inevitável falar sobre os tipos de eleições existentes, por exemplo: direta, indireta etc. Usaremos como método principal a pesquisa de doutrinadores. Com isso, nosso principal foco é conseguir entender se de fato a obrigatoriedade do voto é condizente com o sistema democrático propriamente dito, se ele se encaixa na essência da democracia, ou se é uma distorção desse sistema. Veremos, ao longo do trabalho, que existem algumas interpretações acerca da legalidade, da constitucionalidade dessa obrigação imposta ao cidadão brasileiro.

Palavras-chave: Democracia. Voto. Obrigatoriedade. Eleições.

A binding vote in face of democratic system

Abstract: In this work, we will seek a first time understanding the particularities of democracy, with a brief historical account of its development, mainly in Brazil. Later we will understand what is voting, their specifications, the main types of existing votes. Of course, with it, the inevitable talk about the types of elections, such as direct, indirect, etc. We will use as the main method, the research scholars. Thus, our main focus is to un-

derstand whether in fact the obligation to vote is consistent with the democratic system itself, if it fits the essence of democracy, or whether it is a distortion of the system. We will see, throughout the work, there are some interpretations of legality, constitutionality of this requirement on the Brazilian citizen, we will also see the interpretation given by the Federal High Court.

Keywords: Democracy; Vote; Mandatory; Elections;

Aspectos da livre iniciativa, do poder econômico e da concorrência

Marcelo de Souza Barbosa

Resumo: A história da liberdade de iniciativa é intrínseca ao progresso da humanidade, ou seja, ao progresso da civilização, desde o agrupamento dos homens na formação dos primeiros grupos e posteriormente cidades e respectivos meios de produção. Com o sistema capitalista predominando no mundo, a livre iniciativa representa um de seus pilares em um ambiente em que a concorrência tem fator primordial. Fato é que alguns agentes do mercado adotam práticas ilícitas (concorrência desleal e abuso de poder econômico) a fim de lesar os concorrentes. Para combater esses comportamentos, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e mais à frente, em seu capítulo VII (Ordem Econômica), alguns princípios de funcionamento e fins da ordem econômica. A fim de cumprir o que determina a Lei Maior, foi criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que visa a coibir as práticas ilícitas contra a concorrência, ao qual integra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Cotejando-se as normas, percebe-se a importância do trabalho de forma a divulgar objetivamente como se entrelaçam a livre iniciativa, a concorrência e a coletividade de maneira que o Estado cumpra os ditames constitucionais.

Palavras-chave: Livre iniciativa. Abuso de poder econômico. Concorrência desleal. Ordem econômica.

Aspects of free enterprise, economic power and unfair competition

Abstract: The history of free enterprise is intrinsic to human progress, in other words, in civilizations' progress, from the grouping of men forming the first colony, and later cities and their means of production. With the capitalist system predominating in the world, free enterprise is one of the pillars of this, in an environment where competition is a key factor. Indeed some market players adopt illegal practices (unfair competition and abuse of economic power) in order to harm other competitors. To combat these behaviors, the Constitution of the Federative Republic of Brazil provides the foundation of social work values and free enterprise and goes further in chapter VII (economic order) with some operating principles and purposes of the economic order. In order to fulfill what determines the highest law in the country, the Brazilian System of Competition Defense aimed curb malpractices against competition, which integrates the Administrative Council for Economic Defense (CADE). Comparing the standards up, realizes the importance of the work in order to promote an objective way intertwine free enterprise, competition and collectivity so that the State can meet its constitutional dictates.

Keywords: Free Enterprise. Abuse of economic power. Unfair competition. Economic order.

A trajetória da família ao longo da história: da exclusão para a inclusão e o eudemonismo

Rafael da Silva Santiago

Resumo: O trabalho tem como objetivo identificar as várias feições da família ao longo dos diversos períodos históricos que marcaram a sociedade ocidental, analisando a influência de cada sistema jurídico e cultural na percepção da família e de seu papel nas relações sociais. Posteriormente, será realizado um estudo acerca do arranjo familiar contemporâneo, de modo a verificar seu conteúdo, função e natureza no Direito brasileiro. Dessa forma, será possível entender que, antes fonte de exclusão, a família na pós-modernidade apresenta-se como um ambiente voltado à proteção do indivíduo, instrumentalizado à promoção de sua dignidade e personalidade e funcionalizado à construção de condições para o alcance da satisfação e felicidade pessoal.

Palavras-chave: Família. História. Contemporaneidade. Pós-modernidade.

The trajectory of the family throughout the history: from exclusion to inclusion and to eudaimonism

Abstract: The paper aims to identify the different features of the family over several historical periods that marked the western society, analyzing the influence of each legal system and cultural system in the perception of the family and of its role in social relations. Afterwards, a study of contemporary family will be conducted in order to verify its content, function and characteristics under Brazilian law. Thus, it will be possible to understand that the family in postmodernity is not presented as a source of exclusion, but as an environment for the protection of the individuals, as well as a tool to promote their dignity and personality, which is functionalized to the construction of conditions to achieve satisfaction and personal happiness.

Keywords: Family. History. Contemporaneity. Postmodernity.

Constitucionalidade da Lei Seca

Roberta Almeida de Sousa

Resumo: A Lei nº 11.705, de 2008, de tolerância zero no volante, popularmente denominada de Lei Seca, é um tema muito discutido entre juristas e cidadãos comuns, ao tratar de sua constitucionalidade. No mundo inteiro, principalmente no Brasil, a violência no trânsito é tratada como uma questão de segurança pública, por ter o poder de prejudicar relações sociais, assim como contribuir para a perda

da qualidade de vida do cidadão. Tal tema é discutido pela população brasileira, bem como há um grande volume de matérias veiculadas pela imprensa, as quais verificam a constitucionalidade, o limite legal e a liberdade do cidadão sobre o direito de beber moderadamente e poder dirigir. O artigo terá como objetivo a demonstração da legalidade da Lei nº 11.705/2008, relacionando-se com os princípios constitucionais vigentes e sua eficácia.

Palavras-chave: Lei Seca. Constitucionalidade. Trânsito. População brasileira. Legalidade.

Constitutionality of DWI Law in Brazil

Abstract: The Law 11.705 of 2008 of zero tolerance on use of alcohol while driving, popularly known as DWI, is much discussed topic among lawyers and ordinary citizens regarding its constitutionality. Worldwide and especially in Brazil, violence on traffic is treated as a matter of public safety for it has the power to harm social relations and contribute to the loss of the quality of life of citizens. This issue is discussed by the Brazilian population, and there is a large volume of press reports which discuss the constitutionality, the legal limits and the freedom of citizens on the right to moderate drinking followed by the act of driving. The article aims to demonstrate the legality of the law 11.705/2008, relating it to the existing constitutional principles and effectiveness of DWI law.

Keywords: DWI law; constitutionality; traffic; Brazilian population; legality.

* * * * *

Crimes informáticos e cooperação penal internacional

Thiago Guilherme Nolasco

Resumo: O presente trabalho acadêmico traça um panorama acerca do atual estágio de debate, sob a perspectiva do Direito Penal Internacional, da temática dos crimes informáticos. Para tanto, o tema se entrelaçou principalmente com o instituto da cooperação penal internacional, relação que se considerou mais relevante para a pesquisa. Assim, foram feitas considerações sobre ambos os assuntos e a sua devida intersecção. Neste passo, a Convenção de Budapeste, ato normativo internacional que dispõe, dentre outros, sobre cooperação jurídica nos crimes informáticos, revelou-se essencial para a composição deste artigo, razão pela qual mereceu o devido destaque. De tudo o que foi investigado, foi possível extrair conclusões de cunho legislativo e doutrinário a respeito do objeto de pesquisa.

Palavras-chave: Crimes informáticos. Cooperação internacional. Convenção de Budapeste.

Cybercrimes and international cooperation

Abstract: The present text intends to approach an overview about the current stage of debate of the issue of cybercrime from the perspective of international criminal law. The theme intertwined with the institute of international co-operation, which was considered the most relevant aspect of international criminal law for this research. Notes were made in consideration of each subject herein and their particular intersection. By doing so,

the Budapest Convention, international legal act that refers, among others, to mutual legal assistance on cybercrime, and that proved to be something essential to the drafting of this article, deserving due prominence. This academic investigation finishes drawing possible legislative and doctrinal conclusions about the researched object.

Keyword: Cybercrimes. International co-operation. Budapest Convention on Cybercrime.

A demarcação de terras indígenas sob a ótica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ursula Spisso Monteiro

Resumo: A demarcação de terras indígenas objetiva assegurar o direito a propriedade e a ancestralidades dos habitantes de uma área, com a finalidade de manutenção do equilíbrio do ecossistema. A preservação de uma cultura e de seus costumes está diretamente relacionada com essa questão, por isso, demanda atenção do Poder Público, tanto na esfera interna quanto no âmbito internacional. Nesse cenário, a CIDH, a partir do caso paradigma da comunidade indígena Awais Tingui versus o Estado da Nicarágua, amplia a conceituação de proteção desses povos, tornando o caso um divisor de águas. Hodiernamente, a Comissão e a Corte da CIDH vêm atuando de maneira significativa na proteção de diversas etnias.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Povos indígenas. Demarcação de terras. Preservação de identidade.

The demarcating indigenous lands in the optical Inter-American System of Human Rights

Abstract: The demarcation of indigenous lands aims to ensure the right to property and ancestries of the inhabitants of an area, in order to maintain the balance of the ecosystem. The preservation of a culture and its customs is directly related to this issue, therefore, demands attention of the government both in the domestic and in the international arena. In this scenario, the CIDH from the paradigm case of the indigenous community Awais Tingui and the State of Nicaragua extends the concept of protecting these people making the case a watershed. Our times, the Commission and the Court of the CIDH, has been acting in a meaningful way in the protection of various ethnicities.

Keyword: American System of Human Rights – indigenous peoples – demarcation of land – identity preservation

A judicialização da terceirização das atividades laborais e o ativismo judicial no Brasil contemporâneo

Vagner Gomes Alves

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar a intrínseca correlação entre os fenômenos da terceirização, da judicialização e do ativismo judicial nas relações sociais no Brasil contemporâneo. Trata-se de um fenômeno que à primeira vista se configura irreversível e que criou raízes por meio de um esforço histórico e inconteste da interpretação da Justiça Laboral no país. No afã de ditar as regras principiológicas de aplicação do fenômeno ao caso concreto, o colendo Tribunal Superior do Trabalho, desde antes do advento da atual Carta Magna, procurou demonstrar qual seria o cerne, o modelo a servir de parâmetro para a sociedade brasileira. Nesta linha de raciocínio, observamos que a terceirização vem se comportando como uma prática de mercado moderna e aparentemente irreversível, sem notícias sobre o seu arrefecimento.

Palavras-chave: Terceirização. Judicialização. Ativismo judicial. Relações sociais. Brasil contemporâneo.

The judicialization of outsourcing labour activities and judicial activism in contemporary Brazil

Abstract: This article aims to demonstrate the intrinsic correlation between the phenomenon of outsourcing, of judicialization and judicial activism in social relations in contemporary Brazil. It is a phenomenon that at first glance is irreversible and that created roots through a historic effort and uncontested interpretation of labor law in the country. In the headlong rush to dictate the rules of application of principiológicas phenomenon to the concrete case, the Superior Labor Court, since before the advent of modern Magna Carta, sought to demonstrate what would be the crux, the model, to serve as a parameter to the Brazilian society. In this line of reasoning, we observe that the outsourcing has been behaving like a modern market practice and apparently irreversible without news about its cooling.

Keyword: outsourcing; judicialization; judicial activism; social relations; Brazil contemporary.

Normas para o recebimento e publicação dos trabalhos

A Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes recomenda a seus colaboradores que enviem seus artigos da seguinte forma:

- 1. Os originais devem ser enviados ao Conselho Editorial por meio de carta, com cópia impressa e em *compact disk*, ou por *e-mail*.
- 2. Os textos devem ser digitados. Utilizando-se o Microsoft Word, seguindo os parâmetros abaixo:
- Fonte Times New Roman, espaçamento 1,5.
- Tamanho: 12.
- Configurações das margens: 3,0 cm superior, inferior e laterais em papel A4.
- Títulos e subtítulos numerados conforme a ordenação.
- Não utilizar a tabulação em nenhum ponto do texto.
- 3. O cabeçalho deve constar: título do artigo e autor(es). Outras informações colocam-se como nota no final do artigo.
- 4. A ordem do artigo deve obedecer ao seguinte padrão: título, autoria, texto, referências bibliográficas, notas, resumo, palavras-chave, título em inglês, abstract e keywords.
- 5. Os trabalhos, ao serem publicados, devem acompanhar o resumo em português e mais um em inglês. Este com no máximo 150 pa-

- lavras, além das palavras-chave em português e em inglês, sendo no máximo 5 palavras.
- 6. Toda citação deverá estar entre aspas. Quando esta exceder três linhas deverá inserir em outro parágrafo, recuado, sem aspas, com espaço simples e letra Times New Roman, tamanho 10.
- 7. As notas devem ser marcadas com números no alto à direita da palavra e no formato "notas de fim", com espaço simples, letra Times New Roman, tamanho 10.
- 8. A referência bibliográfica deve obedecer às normas NBR 6023:2002.
- 9. Os artigos devem conter no mínimo 10 e no máximo 20 páginas. Antes de sua publicação, serão revisados pelo Conselho Editorial.
- 10. A revista possui as seguintes modalidades: artigos de membros do corpo docente, artigos do corpo discente e colaborações de outras instituições de ensino superior.
- 11. O Conselho Editorial da Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes se reserva ao direito de realizar, quando necessário, pequenas modificações nos artigos, visando a melhor adequação aos padrões da revista ou tornar seu estilo mais claro. A qualidade dos trabalhos será atestada por, no mínimo, dois consultores *ad hoc*, especialistas na área, indicados pelo Conselho.
- 12. Os conceitos emitidos nos artigos são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).
- 13. Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.
- 14. Enviar, com os artigos, autorização para que o trabalho seja publicado em versão impressa e divulgado na homepage da Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes.
- 15. O Conselho Editorial se reserva ao direito de recusar os trabalhos que não atendam às normas estabelecidas ou que não sejam pertinentes ao projeto editorial. Os autores receberão dois exemplares do número que contiver sua colaboração.

Normas para as referências bibliográficas (nbr 6023: 2002)

As referências bibliográficas, ao longo do texto, devem respeitar o seguinte padrão: sobrenome do autor, data, página. Ex.: (Bobbio, 1995, p. 73).

As referências bibliográficas, ao fim do artigo, devem seguir os modelos e exemplos a seguir:

Monografias (livros, folhetos e trabalhos acadêmicos):

AUTOR. Título: subtítulo. Edição. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Número de páginas ou volumes.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 259 p.

AUTOR. Título: subtítulo. Número de folhas ou volumes. Tipo de trabalho. Categoria (grau e área de concentração) – Instituição, data (ano) da tese.

BENTES, H.H.S. A teoria grega de justiça na interface com os trágicos: dos pré-socráticos a Platão. 380 p.

Tese (Doutorado: Filosofia do Direito) – PUC-SP, 2000.

Capítulos de livro:

AUTOR DO CAPÍTULO. Título do capítulo. In: AUTOR DO LIVRO. Título do livro: subtítulo. Edição. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Número de páginas. Páginas inicial e final do capítulo.

AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. In: HESPANHA, Antonio (Org.). Justiça e litigiosidade: história e perspectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 119-138.

Trabalhos apresentados em eventos:

AUTOR DO TRABALHO. Título do trabalho. In: NOME DO EVENTO, número, ano, local de realização (cidade). Título. Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação (ano). Páginas inicial e final do trabalho.

GENRO, T. Os espaços públicos não estatais. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 16, 1996, Fortaleza. Anais. Brasília: OAB, 1996. p. 151-157.

Artigos e revistas:

AUTOR DO ARTIGO. Título do artigo. Título da revista, local de publicação (cidade), número do volume, número do fascículo, páginas inicial e final do artigo. Mês e ano do fascículo.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, ano 6, n. 6, 163 – 178 p. novembro, 2001.

Informação obtida via CD-ROM:

AUTOR. Título. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Tipo de suporte.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. Normas.doc. Curitiba, 1998. 1 CD-ROM.

Informação obtida via Internet:

AUTOR. Título. Disponível na Internet. Endereço. Data de acesso.

SILVA, Ines Gandea da. Pena de morte para o nasciturno. O Estado de São Paulo, São Paulo, 19 set. 1998. Disponível em: http://www.provida-familia.org/pena_morte_nasciturno. htm. Acesso em: 19 set. 1998.

Documentos jurídicos (de acordo com a NBR 6023:2002):

Constituição Federal:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Emenda Constitucional:

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Lex: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59. p. 1966, out./dez. 1995.

Medida Provisória:

BRASIL. Medida provisória n. 1.569-9, de 11 de dezembro de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 1997. Seção 1, p. 29514.

Decreto:

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 42.822, de 20 de janeiro de 1998. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 217-220, 1998.

Resolução do Senado:

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução n. 17, de 1991. Coleção de leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 183, p. 1156-1157, mai./jun. 1991.

Consolidação de Leis:

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

Código:

BRASIL. Código Civil. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Quando necessário, acrescentam-se elementos complementares à referência para melhor identificar o documento:

Emenda Constitucional:

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Lex: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59. p. 1966, out./dez. 1995.

Medida Provisória:

BRASIL. Medida provisória n. 1.569-9, de 11 de dezembro de 1997. Estabelece multa em operações de importação e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 1997. Seção 1, p. 29514.

Decreto:

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 42.822, de 20 de janeiro de 1998. Dispõe sobre a desativação de unidades administrativas de órgãos da administração direta e das autarquias do Estado e dá providências correla-

tas. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 217-220, 1998.

Resolução do Senado:

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução n. 17, de 1991. Autoriza o desbloqueio de Letras Financeiras do Tesouro do Estado do Rio Grande do Sul por meio de revogação do parágrafo 2°, do artigo 1° da Resolução n. 72, de 1990. Coleção de leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 183, p. 1156-1157, mai./jun. 1991.

Consolidação de Leis:

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

Código:

BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Jurisprudência (decisões judiciais):

Apelação Cível:

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Apelação cível n. 42.441 – PE (94.05.0169-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 558-562, mar. 1998.

Habeas-corpus:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n. 181.636-1, da 6ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

Súmula:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.14. In: -----. Súmulas. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 16.

Quando necessário, acrescentam-se elementos complementares à referência para melhor identificar o documento:

Apelação Cível:

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Administrativo. Escola Técnica Federal. Pagamento de diferenças referente a enquadramento de servidor decorrente da implantação de Plano Unico de Classificação e Distribuição de Cargos e Empregos, instituído pela Lei n. 8.270/91. Predominância da lei sobre a portaria. Apelação cível n. 42.441 – PE (94.05.0169-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 558-562, mar. 1998.

Habeas-corpus:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Constrangimento ilegal. *Habeas-corpus* n. 181.636-1, da 6ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

Súmula:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível por ato administrativo restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. In: -----. Súmulas. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 16.

Doutrina:

BARROS, Raimundo Gomes de. Ministério Público: sua legitimação frente ao Código do Consumidor. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 19, n. 139, p. 53-72, ago. 1995.

Documento jurídico em meio eletrônico

LEGISLAÇÃO brasileira: normas jurídicas federais, bibliografia brasileira de Direito. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. 1 CD-ROM. Inclui resumos padronizados das normas jurídicas editadas entre janeiro de 1946 e agosto de 1999, assim como textos integrais de diversas normas.

BRASIL. Regulamento dos benefícios da previdência social. In: SISLEX: Sistema de Legislação, Jurisprudência e Pareceres da Previdência e Assistência Social. [S.I.]: DATAPREV, 1999. 1 CD-ROM.

Legislação:

BRASIL. Lei n. 9.887, de 7 de dezembro de 1999. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: Acesso em: 22 dez 1999.

Súmula em Homepage:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: Acesso em: 29 nov. 1998.

Súmula em Revista Eletrônica:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Julgamento: 1963/12/16. SUDIN vol. 0000-01 PG00037. Revista Experimental de Direito e Telemática. Disponível em: Acesso em: 29 nov.1998.



