

David de Medeiros Leite
Patrícia Moreira de Menezes
Rogério Emiliano Guedes Alcoforado
(Organizadores)

DIREITO PÚBLICO E CIDADANIA

**REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**



David de Medeiros Leite
Patricia Moreira de Menezes
Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

(Organizadores)

DIREITO PÚBLICO E CIDADANIA

*REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS*





Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Reitor

Pedro Fernandes Ribeiro Neto

Vice-Reitor

Fátima Raquel Rosado Morais

Diretor de Sistema Integrado de Bibliotecas

Jocelânia Marinho Maia de Oliveira

Chefe da Editora Universitária – EDUERN

Anairam de Medeiros e Silva



Conselho Editorial das Edições UERN

Emanoel Márcio Nunes

Isabela Pinheiro Cavalcante Lima

Diego Nathan do Nascimento Souza

Jean Henrique Costa

José Cezinaldo Rocha Bessa

José Elesbão de Almeida

Ellany Gurgel Cosme do Nascimento

Ivanaldo Oliveira dos Santos Filho

Wellington Vieira Mendes

Projeto Gráfico:

Augusto Paiva

Ficha Técnica

Organizadores:

David de Medeiros Leite
Patrícia Moreira de Menezes
Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Projeto gráfico e capa

Augusto Paiva

Catálogo da Publicação na Fonte. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Direito público e cidadania: reflexões teóricas sobre os direitos fundamentais/

David de Medeiros Leite, Patrícia Moreira de Menezes, Rogério Emiliano Guedes Alcoforado (Orgs.) – Mossoró – RN: EDUERN, 2017.

314p.

ISBN: 978-85-7621-191-4

1. Direitos fundamentais. 2. Direito público. 3. Cidadania. I. Leite, David de Medeiros. II. Menezes, Patrícia Moreira de. III. Alcoforado, Rogério Emiliano. IV. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. V. Título.

UERN/BC

CDD 342

Bibliotecária: Aline Karoline da Silva Araújo CRB 15 / 783

Printed in Brazil, 2017

Todos os direitos reservados.

SOBRE OS ORGANIZADORES

David de Medeiros Leite

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1999), graduação em Administração de Empresas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (1991), mestrado em Democracia y Buen Gobierno pela Universidade de Salamanca (2008) e doutorado em Direito Administrativo - Universidad de Salamanca (2011). Atualmente é vice-diretor do campus de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte e professor adjunto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Público; Participação; Cidadania, Municípios, Direito Municipal, Participação Popular e Administração Local.

Patrícia Moreira de Menezes

Professora adjunta da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Curso de Direito (UERN/NATAL - 2016-2018; 2014-2016; 2009-2012). Coordenadora da especialização em Direito Público em convênio UERN-Escola de Governo (2016-2017). Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social (ARG); mestra em Ciências Sociais (UFRN); especialista em Direito Processual Civil (UFRN); graduada em Direito (UFRN). Atuação no ensino e orientação de trabalhos em especializações em

Direito Administrativo, Direito Público e Direito do Trabalho. Pesquisadora dos grupos de pesquisa: Cidadania, participação popular e políticas públicas e Grupo de Estudos da Criança e do Adolescente.

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Constitucional pela mesma instituição; Mestre em Filosofia, na área de Metafísica e Ética (UFRN); Doutor em Filosofia (UFPB/UFPE/UFRN). Atualmente é Professor Adjunto IV do Curso de Direito do Campus Avançado de Natal da UERN - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, onde desenvolve trabalhos de Ensino, Pesquisa e Extensão, com ênfase nos Projetos “Combatendo o bullying nas Escolas: pelo direito à Dignidade” e “Democracia, Ética e Justiça sob a ótica da corrupção dos valores do Estado Democrático de Direito”. É Membro e Pesquisador dos Grupos: “Cidadania, Participação Popular e Políticas Públicas” da UERN e “Ética e Filosofia Política” da UFRN. Professor (convitado) dos cursos de Formação de Agente Penitenciário da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte e dos Cursos de Pós-Graduação em Assistência Sócio-Jurídica e Segurança Pública da FACEX, Formação Docente para o Ensino Superior (FACEX), Direito Público (Escola do Governo) em parceria com a UERN e em Direito e Processo do Trabalho da

ESMAT (Escola Superior da Magistratura do Trabalho) em parceria com a UERN. Coordena o Núcleo Docente Estruturante – NDE – do Curso de Direito (UERN Natal/RN) e o Curso de Especialização em Direito Previdenciário da mesma IES. É ainda o Coordenador da Proposta de Mestrado Profissional em Direito Público – APCN2017. Autor de livros e artigos científicos.

SOBRE OS AUTORES

Carlos Sérgio Gurgel da Silva

Graduado em Direito (UnP - 2003) e em Geografia (UFRN - 1999), Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal), especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN, 2010), Especialista em Direitos Fundamentais e Tutela Coletiva pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (FESMP/RN, 2006), Advogado especializado em Direito Ambiental, Fundador do Escritório Sérgio Gurgel Advocacia Ambiental, Professor Adjunto III (efetivo) da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN, Campus de Natal, Professor da Pós-Graduação em Direito da Universidade Potiguar (UnP), Membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UERN Natal, Membro associado (Associado Efetivo) do Instituto de Direito, Desenvolvimento e Cidadania - IPDEC; Associado Fundador do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes - IDASF; Vice-Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Desenvolvimento (UERN), autor de inúmeros artigos e capítulos de livros nas áreas de direito ambiental, direito constitucional, direito administrativo e direito urbanístico; Membro da Comissão de Direito Ambiental da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Norte, Conselheiro (suplente) do Conselho Estadual de Recursos Hídricos do Rio Grande do Norte (CONERH).

David de Medeiros Leite

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1999), graduação em Administração de Empresas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (1991), mestrado em Democracia y Buen Gobierno pela Universidade de Salamanca (2008) e doutorado em Direito Administrativo - Universidad de Salamanca (2011). Atualmente é vice-diretor do campus de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte e professor adjunto da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Público; Participação; Cidadania, Municípios, Direito Municipal, Participação Popular e Administração Local.

Fernando Gaburri de Souza Lima

Graduado em Direito pelo Instituto Vianna Junior (2003) mestre em direito civil comparado pela PUC/SP (2008) e doutor em Direitos Humanos pela USP (2015). Atualmente é Procurador do Município de Natal Chefe da Procuradoria de Assistência Jurídica ao Cidadão, professor de direito civil da UERN e do Uni-RN e professor convidado em cursos de pós-graduação. Membro associado do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). Conselheiro Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa com Deficiência de Natal.

Glauber de Lucena Cordeiro

Possui graduação em direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (2000), Especialização em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco (2003), Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2008) e Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2015) (Linha de pesquisa: Direito da cidade). É professor do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), sendo Coordenador-Adjunto do curso de Graduação em Direito desta Instituição; Professor Assistente da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, Direito Constitucional, Direito da Cidade, Direito Econômico e Previdenciário, atuando principalmente nos seguintes temas: Tributação, Direitos fundamentais dos contribuintes, Organização política municipal, Regiões metropolitanas, Ordem econômica e social, Regimes Previdenciários.

Morton Luiz Faria de Medeiros

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2005) e doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2016). Atualmente é Promotor de Jus-

tiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: denúncia anônima, Direito, Poder Judiciário, Ministério Público, Direito Constitucional, Direito Eleitoral, democracia, improbidade administrativa e Hermenêutica Jurídica.

Patrícia Moreira de Menezes

Professora adjunta da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Curso de Direito (UERN/NATAL - 2016-2018; 2014-2016; 2009-2012). Coordenadora da especialização em Direito Público em convênio UERN-Escola de Governo (2016-2017). Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social (ARG); mestra em Ciências Sociais (UFRN); especialista em Direito Processual Civil (UFRN); graduada em Direito (UFRN). Atuação no ensino e orientação de trabalhos em especializações em Direito Administrativo, Direito Público e Direito do Trabalho. Pesquisadora dos grupos de pesquisa: Cidadania, participação popular e políticas públicas e Grupo de Estudos da Criança e do Adolescente.

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Constitucional pela mesma instituição; Mestre em Filosofia, na área de Metafísica e Ética (UFRN); Doutor em Filosofia (UFPB/UFPE/UFRN). Atualmente é Professor Adjunto IV do Curso de Direito do Campus Avançado de Natal da UERN - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, onde desenvolve trabalhos de Ensino, Pesquisa e Extensão, com ênfase nos Projetos “Combatendo o bullying nas Escolas: pelo direito à Dignidade” e “Democracia, Ética e Justiça sob a ótica da corrupção dos valores do Estado Democrático de Direito”. É Membro e Pesquisador dos Grupos: “Cidadania, Participação Popular e Políticas Públicas” da UERN e “Ética e Filosofia Política” da UFRN. Professor (convitado) dos cursos de Formação de Agente Penitenciário da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte e dos Cursos de Pós-Graduação em Assistência Sócio-Jurídica e Segurança Pública da FACEX, Formação Docente para o Ensino Superior (FACEX), Direito Público (Escola do Governo) em parceria com a UERN e em Direito e Processo do Trabalho da ESMAT (Escola Superior da Magistratura do Trabalho) em parceria com a UERN. Coordena o Núcleo Docente Estruturante – NDE – do Curso de Direito (UERN Natal/RN) e o Curso de Especialização em Direito Previdenciário da mesma IES. É

ainda o Coordenador da Proposta de Mestrado Profissional em Direito Público – APCN2017. Autor de livros e artigos científicos.

Samuel Jordã da Costa Carvalho

Possui graduação em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Atualmente, é professor da Educação Básica lotado junto à Secretaria de Estado de Educação e Cultura do Rio Grande do Norte e é graduando do Curso de Direito na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, cursando, atualmente, o Sexto período naquela instituição. Participou do Projeto de Pesquisa “Democracia, Ética e Justiça sob a ótica da corrupção dos valores do Estado Democrático de Direito” com Coordenação do Professor Doutor Rogério E. G. Alcoforado.

Zulimar Sánchez Sánchez

Doutora em Direito Administrativo pela Universidade de Salamanca em 2002. Graduou-se nesta universidade, Universidade de Columbia (Nova York) e UVA (Amsterdã), onde terminou seus estudos de direito em 1997. Suas principais linhas de pesquisa são Administração Local, Jurisdição Contenciosa, direitos de cidadania, participação cidadã, administração eletrônica, estudos de gênero e direito administrativo ibero-americano. Sobre estes assuntos, ela publicou vários artigos e colaborou com vários

capítulos em diferentes monografias, enfatiza “Estudo prático das associações. Democracia direta e outras formas de participação cidadã”, Lex Nova (2004). Ela colaborou em projetos de pesquisa e realizou estudos e relatórios para diferentes entidades públicas (CRUE, AECI, Senado de la Plata (Argentina)). Ela foi um juíza substituta de 1999 a 2010, desempenhando seus deveres principalmente nos Tribunais Contenciosos Administrativos de Salamanca É licenciada em Direito, Economia, Ciência da Informação e Ciências Ambientais e cursou cursos de doutorado em Direito Tributário, Direito Administrativo e estudos multidisciplinares de gênero. É Diretora do Mestrado em Direito da Administração Estatal, próprio título que o USAL transmite em conjunto com o Instituto Global de Estudos Elevados em Ciências Sociais.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS [19

APRESENTAÇÃO [20

PREFÁCIO [22

Capítulo 1

Natureza e sentido dos Direitos Fundamentais: uma depuração semântica [24

Rogério Alcoforado

Capítulo 2

Estado, Direito e Ideologia: breves apontamentos [62

Patrícia Moreira de Menezes

Capítulo 3

A participação cidadã na administração pública e a evolução do direito administrativo [98

David de Medeiros Leite

Zulimar Sánchez Sánchez

Capítulo 4

Liberdade de manifestação do pensamento, Democracia e Desenvolvimento [139

Morton Luiz Faria de Medeiros

Capítulo 5

Capacidade civil da pessoa com deficiência: da vulnerabilidade à Liberdade [169

Fernando Gaburri de Souza Lima

Capítulo 6

Estado Democrático de Direito no Brasil e (in)consciência política: uma análise sócio-histórica de nossa Democracia [205

Rogério Emiliano G. Alcoforado

Samuel Jordã da Costa Carvalho

Capítulo 7

Contratos internacionais, solução de controvérsias e a nova *lex mercatória*: uma pequena abordagem introdutória [233

Glauber de Lucena Cordeiro

Capítulo 8

A ética do desenvolvimento no cenário do planejamento urbano: reflexões sobre o conceito de cidades sustentáveis [270

Carlos Sérgio Gurgel da Silva

David de Medeiros Leite

AGRADECIMENTOS

Este livro é o resultado de um trabalho colaborativo; sendo assim, agradecemos aos participantes, que são também os Professores que compõem o quadro de Docentes do Programa de Mestrado em Direito Público, vinculado ao Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, do Campus de Natal/RN. Também gostaríamos de agradecer às Instituições colaboradoras, que, através de duas demandas de capacitação de pessoal, serão nossas fomentadoras: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Ministério Público do Rio Grande do Norte, o Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte RN e a Secretaria de Segurança Pública, parte integrante do Governo do Estado do Rio Grande do Norte. Por fim, agradecemos à nossa querida UERN – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, a IES sem a qual não seria possível nenhuma dessas atividades, projetos e produções.

Os Organizadores

APRESENTAÇÃO

A presente obra nasce da inquietação dos Professores David de Medeiros Leite, Patrícia Moreira de Menezes e deste apresentador, Rogério Emiliano G. Alcoforado. É ela o resultado concreto de uma série de movimentos em busca da gestação, do amadurecimento e da formatação de um Projeto de Curso de Mestrado Profissional.

Na busca pela compreensão da vocação do Curso de Direito da UERN, do Campus de Natal/RN, nos deparamos com uma longa jornada que envolveu múltiplos diálogos, pesquisas, workshops, revisão e aperfeiçoamento de projeto político do Curso, sondagem de demandas concretas e de problemáticas inerentes ao serviço público realizado por algumas Instituições do Estado, dentre várias outras medidas.

Com isso, percebeu-se o alinhamento do curso com a grande área do Direito Público e a vocação nessa direção

para a construção de uma expansão vertical do conhecimento instrumentalizado pela Academia. É nesse sentido que os três professores passam, dentre outras atividades, a organizar a presente obra que apresenta múltiplas abordagens de alguns temas do Direito Público.

De forma a evidenciar uma perspectiva teórica, essa obra se integraliza com a elaboração de outra com horizonte prático de discussões. Enquanto essa se volta para a conjugação Direito Público e Cidadania, a outra relaciona o Direito Público à Governança – a primeira se voltando para reflexões sobre os direitos fundamentais e a segunda para a questão das políticas públicas.

Essa conjugação integraliza o essencial que formula a identidade da caracterização do Programa de Mestrado em gestão, orientando também as linhas de pesquisa que brotaram desse exercício laboral-científico e que resultou nos dois livros, que reúnem a colaboração dos Docentes integrantes da Proposta de criação do Mestrado.

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Coordenador da Proposta de Mestrado

PREFÁCIO

Pensando nas transformações sociais, políticas e econômicas deste novo milênio, como se tem visto, envolto em dúvidas e cheio de especulações acerca das convenções dogmáticas que estruturam os valores da sociedade, e percebendo a atual crise paradigmática dos fundamentos constitutivos da experiência jurídica, no espriar de seu dinamismo interativo com a complexa sociedade atual – onde indivíduos se inserem em coletividade e possuem uma vida regulada pelo Estado – tem-se buscado explicações e soluções para se dar continuidade sustentável ao Direito. E, nesse contexto, indiscutivelmente, se apresenta com magnitude os estudos e interesses acerca do alcance da modalidade direitos fundamentais.

A presente obra congrega estudos relativos à compreensão histórica do processo de construção e aperfeiçoamento do Estado de Direito, entendido a partir do desdobramento de níveis de desenvolvimento – da abstração, ou idealiza-

ção de direitos sociais, à concretização formal desses direitos; e, em seguida, da concretização à efetivação de tais direitos.

Essa compreensão conceitual e crítica, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais, articula e reúne vários trabalhos encadeados em capítulos que, dentre outras questões, esboçam parte da estrutura e dos desafios do constitucionalismo contemporâneo. Este traz consigo a problemática do exercício da Cidadania, na perspectiva de uma irrecusável necessidade da ação do cidadão frente ao Estado.

Enquanto obra articuladora do nível da fundamentação, ou seja, de conotações teóricas, este livro ora organizado reflete, mesmo que pontualmente, a preocupação com a finalidade (aspecto teleológico) da relação do Estado com a Sociedade contemporânea, que deve ser regida pela integração da seguinte tríade: compreensão dos direitos fundamentais, enquanto direitos conquistados que geraram as próprias condições para o surgimento da cidadania; a apropriação ou gradual aquisição de consciência cidadã, como fundamento para a participação popular no aperfeiçoamento da administração pública; e a congregação das temáticas Ética, Democracia, Cidadania e Equidade. É nesse contexto que gravitam todas discussões acerca dos direitos fundamentais que permeiam os próximos capítulos.

Rogério Emiliano Guedes Alcoforado

Coordenador da Proposta de Mestrado

CAPÍTULO 1

NATUREZA E SENTIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA DEPURAÇÃO SEMÂNTICA

ROGÉRIO E. G. ALCOFORADO

*“O Destino da humanidade é desconhecido,
mas sabemos que o processo de existir modifica-se.”*

(Edgar Morin)

1. Introdução

Pensando nas transformações sociais, políticas e econômicas deste novo milênio, como se tem visto, envolto em dúvidas e cheio de especulações acerca das convenções dogmáticas que estruturam os valores da sociedade, e percebendo a atual crise paradigmática dos fundamentos constitutivos da experiência jurídica, no espriar de seu dinamismo interativo com a complexa sociedade atual – onde indivíduos se inserem em coletividade e possuem uma vida regulada pelo Estado – tem-se buscado explicações e soluções para se dar continuidade sustentável ao Direito. E, nesse contexto, indiscutivelmente, se apresenta com magnitude os estudos e interesses acerca do alcance da modalidade direitos fundamentais.

Saber de sua evolução, desde as primeiras formulações conceituais ajudam a compreender e localizá-los em um processo histórico-cultural que desenrola toda uma teoria, que começa com natureza abstrata, por se tratar de uma catego-

ria de direitos muitíssimo genéricos, porém essenciais. Essa genealogia de uma breve história dos direitos fundamentais não se confunde com nenhuma intenção de mapear toda a ampla história do direito. Diferente disso, o recorte é específico e nos remete à gestação da ideia de “universalidade de direitos”, só possível pelo influxo do movimento de esclarecimento – *aufklärung* – que ficou conhecido como Iluminismo; mais especificamente, o pensamento de Immanuel Kant (1724-1804), e seu revolucionário sistema ético deontológico associado a uma original ideia de Liberdade.

Aqueles direitos nasceram e se perpetuaram tão importantes, que sua teoria trilhou caminho junto a outra teoria, a da Constituição, que solidificou uma nova identidade para o direito ocidental contemporâneo, positivando-o; isso porque desde Kelsen¹, essa teoria passou a constituir, a partir de seu pressuposto básico, a norma fundamental², que é o fundamento *a priori* da “validade formal” de todo o sistema jurídico.

1 Para uma relação dele com o pensamento de Kant, ver: CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. *Princípios – Revista de Filosofia*, Vol 23, n. 41: UFRN, 2016, p. 125-170.

2 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Batista Machado. – 7ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215 e ss. Abordando Dinâmica jurídica. O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental.

Isso permitiu, *a posteriori*, o incremento de tais direitos na realidade (no mundo da existência), prospectando materialidade para eles, em uma escalada que os conduziu à busca de sua “eficácia” ou “efetividade”³. Com isso, gradativamente, tais teorias passaram a se apresentar como portadoras do próprio fundamento primordial da consciência jurídica contemporânea, onde se vislumbra a necessidade de uma norma de direito que se imponha com rigor semelhante tanto ao Estado detentor da força, quanto aos Cidadãos pertencentes a ele⁴ – esse, ainda, o grande desafio no calibre da balança que deve equilibrar essas relações.

Correlatadamente, compreender o processo histórico-cultural das conquistas sociais, que resultam na aquisição dos direitos fundamentais, passa primeiramente pelo entendimento do conceito dessa categoria de direitos, o que engendra a “natureza” e o “sentido” desses direitos. Desta forma esse capítulo dedicar-se-á ao desenvolvimento dessa questão, delimitando com certo rigor a distinção básica entre direitos fundamentais e o que se entende por direitos do homem. É, pois, uma abordagem exegética, engendrando

3 Sobre validade formal, eficácia e fundamento, cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2006, P. 105-116.

4 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. – Campinas: LZN Editora, 2003, P. 05.

um estudo sobre a tradição da terminologia que evidencia uma nova categoria de direitos.

2. A tradicional expressão “direitos do homem”

Perquirir o universo dos direitos fundamentais, necessariamente, faz com que o cientista depare-se com uma questão de natureza semântica do objeto, convencionada em linguagem; isso porque o conhecimento tem suas raízes históricas, e, como tal, vicissitudes e particularidades geotemporais que o definem. É, pois, essencial que se consiga delimitar cognitivamente a órbita conceitual caracterizadora desses direitos. É o que se pretende quando da pesquisa científica; para descrever e analisar o objeto em estudo é muito importante que se procure isolá-lo, livrando-o de excessivos sinônimos, pois a medida que são utilizados proporcionam uma promiscuidade nas denominações, gerando, muitas vezes, uma insegurança quando se pretende distingui-los. Isso afeta diretamente a pureza conceitual e a natureza semântica do objeto em estudo.

Uma ilustração disso, quando se trata da teoria dos direitos fundamentais, é o uso corriqueiro, na doutrina, das expressões: direitos do homem e direitos fundamentais. Saber até que ponto se pode equiparar tais categorias de direitos é

uma questão a ser respondida. Será proposto aqui uma delimitação didática, sem, contudo, se ter a pretensão de obter uma versão absoluta desse conhecimento, pois é necessária a consciência de que na ciência (jurídica, inclusive) o que sempre existe são as possibilidades de filiação a determinadas vertentes doutrinárias, permitindo convencionar tais conceitos, para efeitos metodológicos – é esse o caráter dogmático desta modalidade científica. O alerta de Nietzsche sobre o valor da verdade, na ciência, é muito bem vindo em qualquer reflexão crítica; e, mesmo, autocrítica.

Dito isso, têm-se que o conceito de algo é forjado a partir do tratamento mais criterioso do objeto em estudo, onde se leva em consideração categorias do conhecimento, características do próprio objeto trabalhado, comparações, análises, interpretações, etc. É ele também o resultado de uma dinâmica viva da língua de determinados povos, de processos comunicativos, de onde se extrai sentido e linguagem⁵ acerca de tudo, advindo de, e reproduzindo a, cultura humana – compreendida como tudo aquilo que resulta da criação humana, não sendo independente dela como são os dados da natureza. É nesse contexto que não se pode falar em conhecimento sem compreender que é ele próprio o resultado da cultura, a qual varia no tempo e no espaço (geotemporalidade).

⁵ Acerca de sentido e linguagem, cf. FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. – São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48 e ss.

Entendida a dinâmica que envolve a própria elaboração da cultura, percebe-se que o conhecimento recorre-se do discurso para se definir, se sustentar e se transmitir. Propondo-se como conhecimento científico submete-se a metodologia científica, auxiliando esse discurso específico em sua estabilidade; mas, submete-se também ao reexame filosófico que aprofunda a reflexão sobre as categorias do conhecimento. Aplicando essa compreensão ao encontro da problemática das distinções conceituais necessárias do objeto de estudo em questão.

A princípio, o que se pode dizer sobre a conceituação didática a ser proposta é a de que a expressão “direitos do homem” é preferencialmente empregada por autores anglo-americanos e latinos, o que se justifica histórico-culturalmente segundo o Professor Bonavides; enquanto que o uso da denominação “direitos fundamentais” parece restringir-se aos publicistas alemães.⁶

Para que se possa compreender as circunstâncias que distinguem as duas modalidades de direitos, ultrapassando esse primeiro nível convencional acerca dos costumes na doutrina simplesmente pela localidade do discurso (a língua, a nacionalidade), é importante sujeitar a ciência ao crivo da

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 19ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 560.

filosofia, reexaminando, de forma mais profunda, pela ligação causal daquela (ciência) com sua matriz geradora (filosofia), o que descortina critérios mais rigorosos de reflexão – dentre eles, será especialmente importante o critério da universalidade.

Não se podendo eliminar os pressupostos filosóficos atinentes aos direitos fundamentais, pois é inconcebível um sistema filosófico sem a atenção devida à pessoa, ao seu valor, e a sua circunstância⁷; assim, o professor Radbruch concebe uma tricotomia referente a experiência humana, encontrando três objetos possíveis de “valorações absolutas”, a personalidade humana individual, a personalidade humana coletiva e os produtos resultantes da própria atividade humana⁸. Destas três modalidades assenta-se a valoração moral (quando se trata de personalidade) e a valoração cultural (quando se trata daqueles produtos).

Entre esses caminhos da moral e da cultura, encontra-se o direito, e suas variadas concepções, como as *jusnaturalistas*, onde “os direitos do homem como imperativo de direitos naturais, anteriores e superiores a vontade do Estado”, como

7 Cf. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia de Direito**. – 4ª ed. Port. – Coimbra, 1961, 1, págs. 161 e ss.; REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, I, 8ª ed., São Paulo, 1978, págs. 211 e ss.

8 RADBRUCH, *Ibid.*, I, págs. 146 e ss.

as *positivistas*, onde “os direitos do homem como faculdade outorgadas e reguladas pela lei positiva”, como as *idealistas*, onde “os direitos do homem como idéia que se projecta sobre o processo histórico”, como as *realistas*, onde “os direitos do homem como expressão da experiência ou das lutas políticas, econômicas e sociais”, como as concepções *objetivistas*, onde “os direitos do homem como realidades em si ou como valores objectivos ou decorrência de valores”, como as *subjetivistas*, onde “os direitos do homem como faculdades da vontade humana ou como manifestações de autonomia”, as *contratualistas*, onde “os direitos do homem como resultado do contrato social, como a contrapartida para o homem da sua integração na sociedade”, e as *institucionalistas*, onde “os direitos do homem como instituições inerentes à vida comunitária”⁹.

Daí, as múltiplas visões que se possa ter acerca dos assim denominados “direitos do homem” foi resultado de pesquisas, especulações e embates doutrinários, fazendo com que essa categoria de direitos engendrasse todas aquelas concepções; e, por isso, fosse marcada com um selo generalíssimo. A expressão “direitos do homem” apresenta-se em um âmbito macro, onde suas raízes se confundem com a própria

9 Segundo esquematização de Mihailo Markovic. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, Direitos Fundamentais. – 3ª ed. revista e atualizada – Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 42.

tentativa de formulações absolutas do direito, motivo pelo qual pode expressar-se através de variadas concepções, consagradas espaço-temporalmente.

Entretanto, pensar em uma ideia absoluta, acabada, é o mesmo que retirar a dinamicidade deste fenômeno humano chamado direito, de repercussão e interferências morais e culturais; inclusive, esse traço generalíssimo não ajuda em um processo de compreensão das peculiaridades de possíveis novas categorias de direitos que surgem engendrados em contextos sócio-político-históricos específicos.

Portanto, como o objeto de estudo apresentado neste capítulo trata-se de uma modalidade de direitos muito específicos sereia incongruente, para a proposta didática de uma breve história desses direitos (específicos), tomar uma expressão pela outra¹⁰. A expressão “direitos do homem” traz em si uma circularidade, uma vez que não se tem conhecimento da existência de direito que não tenha sido produzido pelo homem. Não figura, pois, uma categoria tão ampla de sentido, como terminologia adequada para definir uma novidade de direitos. Tomá-la como tal poderia tornar a própria doutrina jurídica, nessa temática, estanque, cristalizando-a

10 Para uma visão mais ampla e completa da história dos direitos fundamentais, ver: ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. **Uma breve história dos direitos fundamentais: do esboço teórico ao mundo real**. – Mossoró: EDUERN, 2017.

e esvaziando seu potencial gerativo do novo. Seria incongruente com a própria ideia de que as novas modalidades de direitos que surgem são produtos da cultura, que por sua vez é produto do homem – um ser inacabado, sempre em construção.

Indiscutivelmente, todas as formas de se pensar os direitos do homem passam, necessariamente, pelo avental dos valores, represando e refletindo sentido. Em outras palavras,

[o] característico das concepções filosóficas consiste em conferir uma fundamentação aos direitos do homem no plano dos fins últimos da pessoa, da sociedade e do Estado, em integrar o sistema de direitos numa *Weltanschauung*, em descobrir um sentido para eles conforme com o sentido de vida e de valores que procuram refletir.¹¹

É esse caráter abrangente da expressão direitos do homem, e toda sua problemática, que o faz gênero de outras modalidades específicas; sendo assim, filosoficamente, incompatível com a ideia de uma categoria de direitos nova, que remontam aos tempos do *Iluminismo*. Portanto, em uma proposta didática, falar em “direitos do homem” é apontar para um universo de sentido mais amplo, que se confunde com a própria fundamentação de qualquer direito.

11 MIRANDA, op. cit., p. 43.

3. O fundamento de uma nova categoria de direitos

É necessário consultar e compreender as referências éticas concernentes aos direitos historicamente consignados como direitos fundamentais. Isso porque no cerne da discussão genealógica dessa modalidade nova de direitos, anunciadas no século XVIII, ainda sem essa nomenclatura que o definisse, figura um dos mais importantes filósofos de sistemas éticos – Immanuel Kant (1724-1804). Não à toa, foi ele o portador de um discurso paradigmático sobre a “Liberdade”, que iria irradiar luz para as sociedades da época. Algumas de suas obras mais importantes do período são a “crítica da razão pura”, a “fundamentação da metafísica dos costumes”, a “crítica da razão prática”, a “crítica da faculdade de julgar”, a “ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita”.

Foi com Kant que se passou a compreender melhor a distinção entre moral e direito. Foi ele também que instaurou uma rigorosa sistematização dos aspectos formais e materiais do conhecimento. Em linhas simples, os primeiros atrelam-se ao conhecimento puro (ideal), não contaminado pela multiplicidade do mundo perceptível pelos sentidos; enquanto que os segundos operam no nível dos fenômenos

da experiência sensível (real). O formal, portanto, representa as categorias elaboradas pela razão, engendrando o como “deve-ser” algo que ainda não existe, uma idealização; e o material representa as estruturas concretas da existência, representa o “ser”, aquilo que já existe.

Com isso, percebe-se que por trás de toda a preocupação kantiana da época estava a tentativa de estabelecer novas formas de compreensão da realidade, de como as pessoas se comportavam e de como elas deveriam se comportar; inclusive acerca das contradições em que viviam muitos que não tinham direitos, uma vez que esses últimos só se materializavam para poucos. A preocupação kantiana é, portanto, a de um necessário discurso de racionalidade e aperfeiçoamento da humanidade. Para tanto, seria preciso conjugar liberdade, igualdade e fraternidade – tudo que não existia.

Isso ajuda a entender o que veio a ser a Revolução Francesa¹². O seu caráter singular está no conteúdo do que foi cultivado e difundido no todo das ideias revolucionárias sobre a natureza da nova categoria de direitos que se reivindicava – o grau máximo de universalidade desses direitos, até então, sem precedentes. Esses ideais iriam repercutir na própria redefi-

12 E essa relação de Kant com ela pode ser vista com mais detalhes em: BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. – 11ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

nição da forma do Estado e do direito (em seus fundamentos básicos), estruturando um novo direito constitucional, uma nova compreensão do que seja a Constituição de um País; e, essa revolução em sentido amplo passaria a inaugurar uma verdadeira história dos direitos fundamentais.

No modelo político que antecedia as ideias revolucionárias que redefiniriam os fundamentos do direito, a partir do século XVIII, a noção de cidadania como se conhece na atualidade era inexistente. A noção de Constituição era frágil, mesmo porque ela não trazia em si direitos e garantias para o cidadão. Em um modelo de exercício de poder absoluto, não existia limites ou racionalidade nem no Estado nem no direito; os interesses de uma pequena classe se afirmavam tiranicamente sobre a cabeça de toda uma população.

É somente com a instauração de limites para o exercício do poder do Estado que se processa uma racionalização dele próprio e do direito produzido por ele. Isso vem acompanhado da modelagem de um novo paradigma de Constituição que, além de tratar de outras questões difusas, passaria a ter como “coração” pulsante a reunião de uma série de direitos e garantias para reger a relação dos cidadãos entre si e, principalmente, a relação entre essa nova categoria (os cidadãos) e o Estado – é um original esboço de um necessário

combate aos desmandos, abusos, injustiças e violências do exercício do poder do Estado.

Dessa forma, assim como o homem, o outro pactuante deste contrato social, que se chama direito, o Estado, também está inacabado, em incessante processo de construção. A partir dessa premissa, e no bojo das transformações sociais do século XVIII surgem as “declarações de direitos”, que nas palavras de Jeanne Hirsch “são outras tantas tentativas para criar um lugar para o absoluto humano dentro das relatividades existentes”¹³, ou seja, a tentativa de se criar um mecanismo mais perfeito de calibre da balança (símbolo do direito) que deve equalizar as relações variadas em Sociedade.

É da tentativa de se extrair da pluralidade abstrata e conceitual de rótulos genéricos dos vários tipos de direitos presentes na história humana que se anuncia o novo – uma novidade que pode ser transportada para um conceito de unidade da dogmática jurídica, para se atingir uma fundamentação consistente no plano teórico e seu desdobramento no plano prático.

Com essa unidade, surgem, gradativamente, as formulações e compreensões acerca da materialização de uma intenção

13 Apud MIRANDA, Jorge. Op. cit., p.48.

de se fazer concretos tais direitos (não seletivos) universais; e, com isso, pudessem passar a ser formulados e convenionados de “fundamentais”. Logo, e por rigor didático e metodológico aqui proposto, é importante a não utilização da expressão direitos do homem, como sinônimo de direitos fundamentais.

Independentemente da generalidade e abrangência que possa ter o conceito de direitos do homem, em suas várias concepções, como se viu, o que se pretende, quando do estudo de direitos fundamentais são aqueles assentados na ordem jurídica, dentro de uma nova atitude constitucional e até mesmo filosófica. Essa nova atitude passa a consagrar uma nova categoria de sujeito de direitos: o cidadão, em perspectiva universal, bem como ajudará a construir aquele que será considerado o mais valioso conteúdo dessa revolução ampla, dessa redefinição dos fundamentos do direito – a noção de “dignidade humana”.

Esse novo sujeito de direitos é quem pode dar sentido a ideia de uma nova finalidade do Estado e do direito – a noção de que o Leviatã e as suas ferramentas de controle são do Povo e devem servir ao Povo; tal qual um sistema, nos moldes kantianos, fundamento e finalidade devem dialogar em um todo coerente. Por exemplo, a justiça somente

concebida universalmente (mesmo que esse universal seja restrito ao universo de uma nação) pode ser fundamento e finalidade do direito.

Por isso mesmo, é importante a atenção para o fato de que a ordem jurídica consigna-se não apenas a preceitos positivos, mas também a uma infinidade de valores que constituem um patrimônio comunitário resultante dos processos de produção de sentido do que é ético, ou seja, daquilo que deve ser avaliado como importante de ser protegido para que se respeite a sociabilidade. É nisso, pois, que reside o jusnaturalismo kantiano, por exemplo.

Kant ao distinguir, na “metafísica dos costumes”¹⁴ o que é a moral e o que é o direito, ou o que é a doutrina das virtudes e o que é a doutrina do direito, explica de forma rigorosa os domínios da autonomia e da heteronomia. Os valores da sociabilidade devem ser valores racionalizados e com validade para todos, sem exceção; são pensados hipoteticamente na forma de imperativos e são instituídos pela sociedade através de seus representantes.

Portanto, o fundamento de todo direito positivo reside, em última análise, no direito natural (visto aqui na forma de um

14 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos, adicionais e notas, Edson Bini / Bauru, SP: EDIPRO, 2003. – (Série clássicos Edipro).

jusnaturalismo racional) que exige por coerência, dentro de uma comunidade de seres racionais, a não contradição no estabelecimento dos limites para toda e qualquer construção do que “deve ser” instituído como norma e como direito.

Não é por outro motivo que, assim relata Jorge Miranda,

[o]s direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radicam no Direito natural (ou, se se preferir, em valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária), de tal sorte que devem ser tidos como *limites transcendentales* do próprio poder constituinte material (originário) e como *princípios axiológicos fundamentais*. Não se esgotam, porém, no Direito natural¹⁵.

Na maioria dos casos, principalmente, naquele processo originário de estabelecimento de uma nova categoria de direitos, os direitos fundamentais, os valores que representavam tais direitos gravitavam no plano forma da ideias, ou seja, não estavam positivados, materializados. Mas, o movimento de luta pela necessária proteção desses valores os conduzem, gradativamente, aos diplomas legais, instituindo uma original posituação daqueles direitos. É o que passou a ocorrer com as Constituições e as Declaração de Direitos da época.

15 (MIRANDA, op. cit., p. 53).

Elementos políticos e econômicos também interferem nos direitos fundamentais, uma vez que é na figura da Constituição que se desenha tal sistemática de um direito dinâmico; não são eles (direitos fundamentais) impostos pelo direito natural; são, definitivamente, resultado de conquistas – obtidas por um processo de lutas históricas da sociedade – direcionadas para a Constituição.

4. Depuração semântica dos direitos fundamentais

Para além da compreensão da cadeia de circunstâncias que fizeram emergir no cenário do século XVIII a discussão daquela nova categoria de direitos, é importante que se tenha consciência de que o conhecimento elaborado sobre algo, que se instaura no mundo do ser, na realidade das Sociedades, dos Estados e dos modelos jurídicos, demanda tempo; e que não há como mensurar com exatidão absoluta o primeiro conceito ainda indefinido desses novos direitos.

No contexto de um processo de conquistas de direitos, a expressão “direitos fundamentais” remonta primordialmente à Constituição de Weimar¹⁶ (Alemanha, 1919), tendendo,

16 Mas, mesmo no tocante a pura “expressão”, há divergência. Cf. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. – 6ª ed. – Madri: Editorial Tecnos, 1995, p. 29.

na atualidade, a generalizar-se. Tal fenômeno resguarda profunda relação com a concepção de direitos e liberdades individuais, somando-se a tendência, desde outrora, à fusão de tais direitos à Constituição. Ademais de qualquer outra questão problemática, o selo de identidade dessa nova categoria de direitos é, para que se tenha clareza aqui, a sua pretensão de universalidade.

Aponta também para uma relação íntima entre a nova ciência do direito que se estrutura, de forma sistemática, com Kelsen, através de sua fundamentação da lógica interna do sistema jurídico, de seu ordenamento, de sua coerência sistêmica, construída sobre as bases da ideia de uma norma fundamental que absorve a justificativa essencial dos direitos fundamentais¹⁷: a ideia de que o termo cidadão representa um título de direito para todos os membros da comunidade; e que eles, reunidos em sua totalidade, devem portar a legitimidade do exercício do poder soberano de instituição dos poderes do Estado e do direito – é o que configura a criação de um “Estado de Direito”.

Essa conjugação entre cidadania, direitos fundamentais e norma fundamental, cria um núcleo aglutinador dentro da nova compreensão do direito e do constitucionalismo (como ramo fundador desse novo conhecimento); um núcleo que passa a dar identidade a esse novo olhar do direito, que se

17 MIRANDA, op. cit., p. 51.

propõe a verter atenção e perseguir a ideia de que todos são “iguais” perante a lei. Nesse curso de explosão de novas teorias para acomodar e também explicar as mudanças que vinham ocorrendo no processo, do século XVIII ao século XX, observa-se, paradigmaticamente, como se tem repetido, a evolução do constitucionalismo que trouxe consigo a crescente e destacada importância da teoria dos direitos fundamentais, e, conjuntamente, sua conceituação mais precisa.

Como o conhecimento jurídico passou por transformações diversas a partir dessa assunção dos direitos fundamentais, é importante se ter em mente que esse novo constitucionalismo de que se tem falado congrega duas teorias: a da constituição e a dos direitos fundamentais. É, pois, impossível assimilar o conteúdo de uma sem entender o conteúdo da outra; estabelecem entre si uma intercomunicabilidade e se retroalimentam, pois são interdependentes.

Nessa tarefa, será necessário, pelo menos a compreensão de alguns conteúdos daquelas duas teorias. Dentro desse contexto, será importante resgatar noções básicas, como a própria distinção do que seja a dimensão formal e a material do conhecimento; agora, elas serão aplicadas a ideia de constituição e a de direitos fundamentais¹⁸. Também será válido

18 Didaticamente, essa forma de se explicar o método da exposição e aprofundamento do tema também acaba evidenciando a própria forma como se estrutu-

e importante compreender, mesmo que no nível propedêutico, uma outra distinção: entre normas e princípios.

Voltando a semântica, e aprofundando um pouco mais a problemática da natureza e do conceito daquela categoria de direitos, vê-se que associada àquela noção de liberdades individuais concatena-se a de dignidade humana para se constituir, assim, uma inspeção ao conceito de direitos fundamentais. Nesse caminhar abstrato, ainda puramente teórico, é importante que se perceba o desenho de uma pretensa universalidade desses direitos, introduzida propedeuticamente com a escola científica do racionalismo e com a Revolução Francesa e seu ideal liberal-burguês, como já foi anunciado. Foram também, essa nova categoria de direitos, celebrados, anteriormente a Weimar¹⁹, na Declaração dos Direitos do Homem e

ra a produção do conhecimento, onde, a partir de distinções, aos poucos cria-se uma conexão não superficial de pressupostos argumentativos que passam a configurar identidade a um objeto de que se trata determinado olhar científico. Como exemplo, foi feita uma distinção no nível básico do conhecimento: aspectos formais e materiais. Passou-se a demonstrar a existência de um novo conhecimento específico, sobre um novo objeto: novos direitos, uma nova categoria de direito, um novo modelo de Constituição. Disso, aplicou-se a primeira distinção que opera na metodologia para a construção de um conhecimento; do que resulta um novo conhecimento, ou elementos para a construção de um novo conhecimento. Na prática, as noções de “formal” e “material” senso aplicadas ao novo objeto gera um *plus* de significado, torna mais inteligível, compreensível, esse objeto, passando a ajudar na construção de uma teoria sobre ele.

19 “Essa Constituição exerceu grande influência no constitucionalismo moderno, sobretudo pela ênfase dada aos direitos fundamentais”, (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. – 17ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1993, p. 178).

do Cidadão, de 1789, que é considerada a formulação solene mais abstrata já feita acerca da liberdade.

Todavia, há quem visualize tal Declaração “numa perspectiva histórica e dinâmica”, não como “um documento isolado, definitivo ou rígido”, mas como um desdobramento, a própria evolução de Declarações anteriores²⁰. Não chega a ser essa uma percepção contra-revolucionária da Declaração de 1789, porém uma má interpretação pode levar a uma diminuição de seu caráter precursor de universalidade.

Essa polêmica ficou consagrada no início do século XX com Boutmy e Jellinek, da qual se extrai que as Declarações antecedentes, de ingleses e norte-americanos, eram restritas a uma determinada camada privilegiada, enquanto a francesa destinou-se ao gênero humano. Essa conexão umbilical entre os direitos fundamentais e as noções histórico-filosóficas de liberdade e dignidade humana “nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”²¹.

Segundo o professor Jorge Miranda, entende-se por direitos fundamentais “os direitos ou as posições jurídicas activas

20 MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do direito**. – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1999, P. 271.

21 BONAVIDES, op. cit., p. 562.

das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”²² o que remete a uma distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material.

E disso trata Carl Schmitt, quando diz que tais direitos poderiam ser visualizados naquele primeiro sentido, como capazes de reunir todos os direitos e garantias albergados, “nomeados e especificados” constitucionalmente, assim como também seriam aqueles direitos que a Constituição assegurou maiores garantias – direitos imutáveis – uma vez que só poderiam ser alterados mediante emenda constitucional. Por outro lado, materialmente falando, nas palavras de Carl Schmitt estariam eles vinculados a fatores variáveis, que sejam a “ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”.²³

Essa distinção em sentido formal e material, deveras, coloca-se em consonância com a ideia de Constituição formal e material, pois a própria formulação de uma teoria dos direitos fundamentais confunde-se com a concepção de uma teoria da Constituição.

22 MIRANDA, op.cit.,p. 07.

23 Apud BONAVIDES, op. cit., p. 561.

É inconcebível a ideia de direitos fundamentais sem a realização do pacto social, gerenciado pelo direito, onde coexiste cidadãos, organizados em uma comunidade (politicamente organizada), e Estado²⁴, diante da presença de um estatuto comum, balizador das relações de poder desses dois polos. Dessa pré-concepção, fica mais nítido o sentido formal desses direitos, obtidos frente à noção de Constituição formal. Com isso, é evidente a relação direta entre a noção de direitos fundamentais como uma categoria atrelada à Constituição; é uma categoria de direitos que se afirma se inscrevendo no que se chama Constituição. Mas, quais os sentidos possíveis desses direitos? São os mesmos da própria Constituição. Senão vejam.

A ideia de Constituição formal está atrelada a ideia de uma Constituição real, existente enquanto *topos* normativo de um ordenamento jurídico nacional; é ela, pois, a consagração da técnica de positivação do direito que perpassa, na arquitetura kelseniana²⁵, como já mencionado, pelo cum-

24 Como será visto, essa noção conduzirá a formulação e maturação do Estado de Direito, onde se apresentará a admissibilidade de uma íntima conexão entre Estado e direitos, pois “os direitos [...] constituem a base do Estado. Os direitos representam a qualidade que destaca no exercício de seu poder um determinado caráter moral [...] Representa-se e se conhece o Estado pelos direitos que mantém”. (LASKI, Harold J. **El Estado Moderno**; sus instituciones políticas y económicas. Trad. Teodoro González García. Barcelona: Bosch, 1932, p. 33).

25 Para uma compreensão mais completa, ver: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Batista Machado. – 7ª ed. – São Paulo: Martins Fon-

primimento de uma série de pré-requisitos objetivos que autorizam, justificam e legitimam o poder soberano do Povo para a instituição de sua Constituição.

Logo, a noção de direitos fundamentais formal acompanha essa mesma lógica, são direitos resultantes de um processo de conquista histórica, que se anuncia com característica diferenciada, na medida em que não deve servir a interesses seletivos, e são preenchidos de carga valorativa que os identificam com a noção de dignidade humana. Os direitos fundamentais são, acima de tudo, o reflexo simbólico de uma evolução na própria compreensão sobre a identidade do gênero humano, que, por isso mesmo, não deve ser submetido a tratamento desigual de seus pares.

Então, na medida em que ingressa na Constituição, tais direitos tem a marca da formalidade. É disso que trata esse tópico, a relação entre as dimensões formais da Constituição e daquela novíssima categoria de direitos que emergiram do século XVIII para o século XIX; e também da relação entre o que será apresentado como dimensão material daqueles diretos e da Constituição. Evidente que ainda não se investiga neste capítulo quais são esses direitos em espécie, qual a sua tipologia – não é o foco aqui.

Compreendido sinteticamente o sentido formal da Constituição e de tais direitos, pode-se reforçar que a noção de direito fundamental reflete “toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagradas na Lei Fundamental”²⁶. Não obstante, compreender o conceito substancial (ou material) dos direitos fundamentais amplia o próprio entendimento da concepção formal desses direitos, vez que o preceito da Constituição material,

mesmo quando aparentemente sem relevância constitucional, é parte de um todo, é passível da interpretação que possa ou deva fazer-se na perspectiva do sistema e, se recebe o influxo de outras disposições e princípios, também conta para o sentido sistemático que recai sobre outros preceitos e princípios²⁷

Em outras palavras, existe um espectro de muitos outros direitos que, independentemente de estarem positivados constitucionalmente de forma escrita, representam muitos valores – esses, presentes no imaginário do Povo, em seus sentimentos morais, em seus sentimentos constitucionais como ensina a cátedra de Marcelo Neves – reais, preenchidos de sentido de humanidade, justiça e dignidade.

26 MIRANDA, *op.cit.*, págs. 08 e 09.

27 MIRANDA, *op.cit.*, P. 08.

5. Considerações finais

Pela força do fundamento e do propósito do direito (como sistema ético mínimo de uma Sociedade) os direitos fundamentais, mesmo que não formalizados devem ser considerados, pois seus conteúdos representam fatores reais dentro das sociedades; assim como descortinam outro nível de entendimento das Constituições, interpretadas para além de sua forma, contemplando todos os caros princípios que gravitam o núcleo desse novo conhecimento jurídico não estático, não rígido – não descuida, pois, da materialidade dos fatos sociais de relevância jurídica significativa em termos de conexão causal com os valores consagrados como fundamento e propósito (fim) do direito.

A atenção a essas formas de olhar para aquela categoria de direitos (fundamentais) é justamente a atenção a própria história desses direitos; uma história não apenas descritiva e cronológica, uma história que permite essas posições diferenciadas do observador frente a um objeto dinâmico e a um campo de conhecimento em aperfeiçoamento. Ora avançar para o olhar pós-positivista ora retroceder ao olhar mecanicista, mas sempre reexaminando filosoficamente e questionando esses mesmos olhares – o observador é também o observado no processo de construção do conhecimento.

Destarte, a importância da visão sistêmica e sistemática²⁸, aplicada à compreensão desse objeto, repercute em uma maior compreensão do sentido aos direitos fundamentais, pois tal formulação jurídica (vinculativa à ideia de Constituição contemporâneas e democráticas) expande as possibilidades interpretativas, inscrevendo na Constituição formal a própria Constituição material,²⁹ do que se conclui que todos os direitos fundamentais em sentido formal também são direitos fundamentais em sentido material.

Contudo, não se pode, ainda, deixar de perceber que existem, certamente, direitos materiais para além daqueles. Isso convoca uma nova discussão, que é a tentativa de se delimitar o conceito dos direitos fundamentais materiais, evitando-se, com isso, uma vagueza epistemológica a ponto de se alegar um grau de abstracionismo exacerbado quando do tratamento deles.

É do sentido convencionado acerca dos objetos em estudo que se impõe uma verificação interpretativa; então, essencial que se fuja ao potencial relativismo conceitual dos di-

28 Sobre a noção e diferenciação, no Direito, de sistêmico e sistemático, cf. CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. – 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

29 Para uma compreensão apurada, cf. BONAVIDES, op.cit., págs. 170 e ss. – A Teoria Formal e a Teoria Material da Constituição.

reitos fundamentais, em substância (ou materiais), para se averiguar razoavelmente a incidência desse sentido de direitos, que se desdobra mais no campo histórico, sociológico e filosófico do que na própria dogmática ciência do direito.

Portanto, compreender a existência dessa possibilidade de abeberar-se o direito fundamental, resguardado positivamente (formal), daquele outro, enunciado jus-filosoficamente (material), é o bastante neste momento para que se possa dar continuidade à jornada que (des)vela a “natureza” e o “sentido” dessa nova categoria de direitos muitíssimo importantes.

Referências

ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. **Uma breve história dos direitos fundamentais: do esboço teórico ao mundo real.** – Mossoró: EDUERN, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. – 2ª ed. – São Paulo Landy Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto (organizador). **Anova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. – 2ª ed. revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERLO, David Kenneth. **O Processo da Comunicação:** introdução à teoria e à prática; trad. Jorge Amaldo Fontes; revisão da tradução Irami B. Silva. – 9ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. – 11ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria Geral da Política;** a filosofia política e as

lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 19ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

CALDEIRA BRANT, Leonardo Nemer. **O direito ao desenvolvimento como direito humano**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 81, p.91-117, jul. 1995.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**; sua estrutura, seu conteúdo ideológico. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. – 3ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CONSANI, Cristina Foroni. Kelsen leitor de Kant: considerações a respeito da relação entre direito e moral e seus reflexos na política. Princípios – Revista de Filosofia, Vol 23, n. 41: UFRN, 2016, p. 125-170.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teoria e Casos Práticos**. – São Paulo: Madras, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. – 17ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1993.

DOBROWOLSKI, Sílvio. O Liberalismo: exame de sua ideologia e suas deficiências. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n.º. 66, p. 161-202, Jan. 1988.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. – Campinas: LZN Editora, 2003.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. – São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0**. Aurélio Século XXI, o Dicionário da Língua Portuguesa. – 3ª ed. revista e atualizada – Editora Positivo, 2004.

FERREIRA, Mariá A. Brochado. **Consciência moral e consciência jurídica**. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico**. – São Paulo: Landy Editora, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comu-**

nicativo. Trad. Guido A. de Almeida. – Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

HÄRBELE, Peter. “El concepto de derechos fundamentales”. In: **Problemas actuales de los derechos fundamentales.** – Madri: Sauca, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito:** uma investigação tridimensional do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais. Tese (Doutorado) Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito – Belo Horizonte, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Batista Machado. – 7ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes.* Tradução, textos, adicionais e notas, Edson Bini / Bauru, SP: EDIPRO, 2003. – (Série clássicos Edipro).

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução, Paulo Quintela. – Lisboa: Edições 70, 2008.

_____. *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. Tradução Rodrigo Naves, Ricardo R. Terra. – 2ªed. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Que significa orientar-se no pensamento?* In: Textos Seletos. Trad. Floriano de Sousa Fernandes. – 3ª ed. – Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

_____. *Resposta à pergunta: Que é “Esclarecimento”? (Aufklärung)*. In: Textos Seletos. Trad. Floriano de Sousa Fernandes. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**; um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. – São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. **Ética e Direito**. Org. e Intr. Cláudia Toledo e Luiz Moreira. – São Paulo: Landy Editora, 2002.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**; prefácio Gilmar Ferreira Mendes. – São Paulo: Iglu, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Introdução**

à **política científica**. – Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, Direitos Fundamentais. – 3ª ed. revista e atualizada – Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PASCUALLINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**: uma introdução a Interpretação Sistemática do Direito. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. – São Paulo: Martins fontes, 1996

_____. **Lógica jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. – 6ª ed. – Madri: Editorial Tecnos, 1995.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. – 5ª ed. – Madri: Tecnos, 1995.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia de Direito**. – 4ª ed. Port. – Coimbra, 1961.

RAWLS, John. **Justiça como eqüidade**: uma reformulação. Org. Erin Kelly. Trad. Cláudia Berliner. Revisão téc-

nica e da trad. Álvaro de Vita. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, I, 8ª ed., São Paulo, 1978.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Nova Fase do Direito Moderno**. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Trad. Laura Alves e Aurélio Rabelo. – Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Os Direitos Fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, UFMG, n.º. 82, p. 15-69, Jan. 1996.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Trad. Antônio Chelini, José Paulo e Izidoro Blikstein. – São Paulo: Cultrix, 1986.

SEARLE, J. Robert. **Os actos de fala**: um ensaio de filosofia da linguagem. Coord. de trad. Caros Vogt. – Coimbra: Almedina, 1981.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. – 9ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1992.

SMITH, Juan Carlos. **El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas**. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. – 6ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

VASAK, Karel. “A 30 years struggle: the sustained effort to give force of law to the universal declaration of human rights”. In: **Courier Unesco**, Paris, nov. de 1977.

VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el Estado de Derecho**. *Bolonia*: Real Colégio de Espana, 1975.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretación constitucional**. – 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

CAPÍTULO 2

ESTADO, DIREITO E
IDEOLOGIA: BREVES
APONTAMENTOS

PATRÍCIA MOREIRA DE MENEZES

“Não se pode combater o capitalismo nos tribunais.”

Harry no filme Harry e Tonto (1974/EUA)

1. Introdução

Esta pesquisa se volta para o estudo do Estado e do Direito relacionados à ideologia. A discussão se dá através de aporte teórico não dogmático, baseado em doutrina marxista, um dos vieses de estudos críticos do Direito.

No modo de produção capitalista compreendemos como indissociáveis alguns atores sociais, que têm suas participações interligadas e sobre estes se fundamentarão nossos conceitos teóricos.

Quanto à apresentação dos institutos Estado, Direito e ideologia, iniciaremos por uma caracterização do Estado Moderno e suas relações com a sociedade civil. Serão apresentados alguns aspectos mais tradicionais e negativos, chegando por fim ao entendimento gramsciano ampliado de Estado e mais positivo de ideologia como visão de mundo, do qual nos aproximamos teoricamente em

razão do contexto social atual. Estas associações serão fundamentais para a discussão interrelacionada: a exploração capitalista e o discurso ideológico.

2. Relações entre Estado, Direito e ideologia

Partimos de uma compreensão sucinta de Estado “como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, [...]” (Lyra Filho, 1982, p. 3), que atende aos nossos interesses por alguns fatores: deixar aberta a possibilidade de análise de quem exerce o controle (“regem”), sem contudo impedir a participação de outros atores dentro desta “organização política”; apresentar o “mais importante dualismo no moderno pensamento ocidental” (Gamble *apud* Santos 2010, p. 117), que é Estado/sociedade civil; e por reproduzir a forma estatal que vemos hoje e que teve suas raízes no século XIX com a instituição do Estado Liberal no plano político e a consolidação do modo de produção capitalista no plano econômico. Utilizamos a compreensão e classificação de Bonavides (2008) quanto à evolução do Estado. Diz o autor (2008, p. 41):

Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o

ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.

O Estado constitucional (ou Estado moderno) comporta, desde seu nascimento, três modalidades que se destacam: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático-Participativo¹. (BONAVIDES, 2008) As modalidades indicadas por Bonavides sinalizam a dinâmica evolutiva em direção aos direitos fundamentais e a evolução da participação popular na esfera política. Então, nesta ordem, temos o momento inicial da tripartição dos poderes (Estado Liberal), avançando posteriormente para a valorização dos direitos fundamentais (Estado Social) e, por fim, buscando uma consolidação e ampliação da democracia participativa (Estado Democrático-Participativo). (BONAVIDES, 2008)

No Brasil, na atualidade, tem-se um Estado definido na Constituição Federal (1988) como Estado Democrático de Direito. Estabelece o artigo 1º da Constituição Federal:

1 Destacamos que há estudos que classificam o Estado moderno em Liberal e Social (também chamado de Estado Providência e de Estado do Bem-Estar Social), sendo este último o tipo estatal em que ainda nos encontramos, apesar da crise porque passa em razão de coabitarem, do final do século XX para cá, forças inconciliáveis: democracia e o neoliberalismo. Como no Brasil a evolução democrática para a participação popular *direta* na política ainda está por se implantar, estamos no Estado Social tendo o Democrático-Participativo como evolução possível. A diferença entre classificações é didática e não altera o conteúdo do tipo estatal atual.

“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: [...]” (negritei)

Mendes; Coelho; Branco (2008, p. 149), fazem uma definição que caracteriza bem o Estado Constitucional contemporâneo:

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

Noutras palavras, [...], o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende *aprimorado*, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos *liberal* e *social* que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História.

Para os autores estamos vivenciando um modelo estatal ainda melhor do que o Social. Na atualidade do Estado constitucional, os princípios são mais importantes que as regras, “porque as Constituições se juridicizaram.” (BONAVIDES, 2008, p. 54)

Continua o autor explicando a evolução do Estado (2008, p. 54):

A sociedade contemporânea – múltipla, complexa, pluralista – não só **impetra a jurisdição constitucional**, regulativa do equilíbrio e harmonia das heterogeneidades sociais, como faz imperativos o primado e a **supremacia dos princípios sobre as regras**, das Constituições sobre os Códigos, da **legitimidade sobre a legalidade**, da Hermenêutica sobre a Dogmática, da justiça sobre a vontade e a política dos governantes. (negritei)

Eis a essência do contemporâneo Estado Social, em que se valoriza: além da Constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico e do convívio social; transforma o tratamento dos princípios, valorando-os e os elevando à categoria de direitos fundamentais. No Brasil, nas Constituições anteriores os direitos individuais da pessoa - que agora estão a partir do artigo 5º e ganharam *status* de cláusula pétrea (imutabilidade) – estavam depois de todas as prescrições relacionadas ao poder. Ficavam lá

pelos artigos 140 ou 150 das Constituições. Havia nas outras Constituições uma valorização do poder e na Constituição atual (1988) há uma valorização do ser humano. É uma diferença marcante a mudança dos valores que o legislador constituinte em 1988 deu importância. Esta ruptura com o sistema anterior vem de lutas sociais e reflete uma mudança de paradigmas, não apenas uma alteração semântica. O individualismo expresso na valorização da propriedade privada e os reclames sociais contra este *status quo* são a fonte de transformações políticas e sociais. Entretanto, não podemos nos esquecer de que o Estado moderno tem como alicerce econômico o capitalismo; sistema que tem em sua natureza a valorização da desigualdade e a da livre competição. Nesse passo, a proclamada harmonização de heterogeneidades não anulou a divisão de classes. O modelo regulado controla a sociedade civil a fim de garantir a permanência do sistema, sem conflitos diretos e vigorosos contra a sociedade política.

Vejamos como os valores sociais estão inseridos na Constituição Federal de 1988:

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**:

I - a soberania;

II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os **valores sociais do trabalho** e da **livre iniciativa**;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
(negritei)

A realidade social é complexa e, o Direito, é contraditório e também complexo, e nele “há espaço para reivindicação progressista” (MELO, 2007, p. 23),

pelo simples fato de que o direito não pode se fechar como um bloco dos interesses dominantes; nele devem conviver, ao menos estrategicamente, as aspirações sociais mais diversas, apontando para “o bem comum”.

Fenômeno importante de ser apontado é que a realidade social se move dentro de uma processualidade que torna a vida estatal *não linear*, no sentido de estar sempre

avançando quanto à expansão da democracia. Por vezes, o Estado retroage. Prova histórica deste fenômeno foi a ascensão de Estados totalitários no século XX. Isto posto, é fundamental uma constante vigilância das conquistas democráticas, buscando a efetivação destas conquistas, para que não tenhamos apenas um Estado Democrático formal (no papel). Deixando os Estados totalitários fora da discussão, por peculiaridades que não trataremos, mesmo dentro das modalidades de Estado moderno constitucional, é possível retroagir. Como Bonavides (2008, p. 41) afirma,

A caminhada dialética prossegue, e o Estado constitucional tem pela frente duas alternativas: retrogradar ao passado ou avançar para o futuro.

Se recuar, cai na armadilha neoliberal e globalizadora que afeta mortalmente o Estado e a soberania, o que se acha prestes a acontecer em alguns Estados da periferia; se avançar, faz a opção correta: elege o caminho da democracia participativa, e busca, com determinação, inserir na ordem constitucional as novas franquias que o Homem conquistou ou está em vias de conquistar, compendiadas em direitos fundamentais de diversas gerações ou dimensões já reconhecidas e proclamadas pelo Constitucionalismo.

As características do Estado e da sociedade anteriores ao modelo atual não interessam à pesquisa, pois a nossa análise

é do Estado com o projeto político do modo de produção capitalista, ou como dizem alguns, do “Estado Capitalista” (HÖFLING, 2001, p. 32), palco do início das lutas entre capital e trabalho².

Mais do que definir Estado e suas funções, pretendemos focalizar, neste ponto, como autores diferentes analisam o Estado no capitalismo e suas relações com a sociedade.

Segundo Bonavides (2000, p. 70),

Com o declínio e dissolução do corporativismo medievo e conseqüente advento da burguesia, instaura-se no pensamento político do Ocidente, do ponto de vista histórico e sociológico, o dualismo Sociedade-Estado. A burguesia triunfante abraça-se acariciadora a esse conceito que faz do Estado a ordem jurídica, o corpo normativo, a máquina do poder político, exterior à Sociedade, compreendida esta como esfera mais dilatada, de substrato materialmente econômico, onde os indivíduos dinamizam sua ação e expandem seu trabalho.

Há dois dualismos nesta explicação de Bonavides e na compreensão citada de Santos B. (2010): Estado/sociedade civil

2 Os elementos básicos para a formação do Estado são bem anteriores. Como diz Ocampo (2009) ao estudar a forma atual do Estado, “não implica em negar antecedentes do passado, nos quais já existiam em forma primária os elementos que os caracterizam, isto é, o povo, o poder e o território, organizados sobre a base de um conjunto de regras cujo cumprimento alguém tem a faculdade de controlar, nem tampouco evoluções posteriores ao século XVII, que plasmaram o Estado de direito moderno.”

e plano político/plano econômico. A separação Estado/sociedade é fundamental para os juristas até a atualidade. Diz Reale (2002, p. 79):

A bem ver, para que haja distinção efetiva entre a Moral e o Direito e, paralelamente, um Estado de Direito, que só pode ser de base democrática, o essencial é que a *sociedade civil* e o *Estado* não se confundam, mas se mantenham como valores distintos e complementares, correlacionados entre si, mas cada um deles irreduzível ao outro. Quando se pretende dissolver o Estado na sociedade, pondo-se termo às relações de poder e de direito, caímos no equívoco do anarquismo que, de tanto se prevenir contra o poder, acaba sendo vítima do poder anônimo, tão condenável como o poder totalitário que aniquila as forças criadoras dos indivíduos e da sociedade civil.

A compreensão de Reale (2002) em defesa da separação é claramente uma crítica ao marxismo, que pensamos incabível na atualidade em que revisões do marxismo não apregoam mais a extinção forçada do Estado e do Direito por uma classe subalterna e as relações de poder são analisadas de outro modo.

Entendemos como Santos B. (2010) que nos estudos sobre a dualidade está longe de haver uma pacificação de entendimentos, mas Wood (2003, p. 217) nos traz uma interessante visão sobre a relação atual entre Estado e sociedade civil, que

apresenta ampliação de direitos concomitantemente com um novo modelo de opressão:

A separação entre Estado e sociedade civil no Ocidente certamente gerou novas formas de liberdade e igualdade, mas também criou novos modos de dominação e de coerção. Uma das maneiras de se caracterizar a especificidade da “sociedade civil” como uma forma social particular única no mundo moderno - as condições históricas particulares que tornaram possível a distinção moderna entre Estado e sociedade civil - é dizer que ela constituiu uma nova forma de poder social, em que muitas funções coercitivas que pertenceram antes ao Estado foram deslocadas para a esfera “privada”, a propriedade privada, a exploração de classe e os imperativos de mercado. Em certo sentido, trata-se da privatização do poder público que criou o mundo historicamente novo da “sociedade civil”. “Sociedade civil” constitui não somente uma relação inteiramente nova entre o “público” e o “privado”, mas um reino “privado” inteiramente novo, com clara presença e opressão pública própria, uma estrutura de poder e dominação única e uma cruel lógica sistêmica.

Fazendo um paralelo com as relações de trabalho, nestas, dentro da reestruturação do capitalismo é possível verificar esta “privatização da opressão” através da distribuição de atuação em questões que se referem às relações de poder (controle político, econômico, social). O Estado-legislador

(desde a Constituição Federal de 1988) fomenta o acordo direto entre classes e deixa às partes diretamente envolvidas definição dos rumos da relação contratual de trabalho. Vejamos parte de uma ementa do Tribunal Superior do Trabalho corroborando esta afirmação, em decisão de 2010:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS - MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO - CONVENÇÃO COLETIVA. No tocante ao período anterior à vigência da Lei nº 10.243/2001, não há como desconsiderar a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes determinando a desconsideração dos minutos que antecedem e sucedem cada turno. É que a autonomia privada coletiva restou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (artigo 7º, inciso XXIV), e, portanto, merece ser privilegiada. Recurso de revista conhecido e provido. (Recurso de Revista nº TST-RR-106300-93.2001.5.09.0092)

Se as classes subalternas não estão bem organizadas e representadas, através dos aparelhos privados de hegemonia e seus intelectuais orgânicos (GRAMSCI), as negociações coletivas tendem a uma valorização do capital e uma precarização das condições de trabalho.

O dualismo Estado/sociedade foi (e continua sendo) importante para esconder interesses de classe. As classes sociais

existiam de fato na estrutura social, a burguesia ascendeu ao poder para dominar e exercer seu poder sobre as demais, mas a criação de um elemento externo que arrogava para si a defesa indiscriminada de todos ocultava que era uma classe que exercia a sua dominação. Como diz Chauí (2008, p. 69),

O Estado *aparece* como a realização do interesse geral (por isso Hegel dizia que o Estado era a universalidade da vida social), mas, na realidade, ele é a forma pela qual os interesses da parte mais forte e poderosa da sociedade (a classe dos proprietários) ganham a aparência de interesses de toda a sociedade. [...] O Estado é uma comunidade ilusória. Isso não quer dizer que seja falso, mas, sim, que ele aparece como comunidade porque é assim percebido pelos sujeitos sociais. Estes precisam dessa figura unificada e unificadora para conseguirem tolerar a existência das divisões sociais, escondendo que tais divisões permanecem através do Estado.

O Estado, para ser esta “figura unificadora” e reguladora da sociedade, precisa de meios e dispõe de dois: Direito e ideologia. (CHAUÍ, 2008) Através do Direito exerce uma “dominação impessoal e anônima”. “Graças às leis, o Estado aparece como um poder que não pertence a ninguém”. (CHAUÍ, 2008, p. 70) Chauí chama a dominação utilizando a forma jurídica de “forma muito especial de dominação”. É especial porque qualquer repressão é ocultada pela legalidade. É por esta razão que os Estados totalitários da

primeira metade do século XX foram legais. A juridicidade é o que caracteriza a noção de Estado moderno, mesmo que não tenha havido ao longo dos séculos e em todas as nações uma estrutura estatal única. (OCAMPO, 2009) O Estado moderno é chamado de Estado de Direito³, mesmo que não seja democrático. Explica Chauí (2008, p. 86):

Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como “Estado de direito”. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não-violenta deve ser aceita.

A relação social de dominação de classe é a realidade do Estado e do Direito, mas para esta realidade não gerar confronto é *substituída* pela “idéia do Estado” e pela “idéia do Direito” (CHAUÍ, 2008). Esta *substituição* é a função da ideologia. Chauí (2007, p. 30) explica:

O campo da ideologia é o campo do *imaginário*, não no sentido de irrealidade ou de fantasia, mas no sentido de *conjunto coerente e sistemático de imagens ou representações* tidas como capazes de explicar e justificar a realidade concreta. Em suma: o aparecer social é

3 O poder é regido pela lei, não por uma pessoa. A frase célebre atribuída a Luís XIV “o Estado sou eu” não cabe mais como definição do Estado. “A imposição de limites ao Estado – o Estado regido pelo império da lei e que enseja a idéia do Estado de Direito – corresponde à sujeição absoluta do poder político ao regime das leis fundamentais. O poder conformado pelo Direito.” (CHIMENTI et al., 2005, p. 1) A Lei fundamental é a Constituição, que impõe limites de atuação ao Estado e ao povo. (CHIMENTI et al., 2005)

tomado como o ser social. Esse aparecer não é uma “aparência” no sentido de que seria falso, mas é uma aparência no sentido de que é a maneira pela qual o processo *oculto*, que produz e conserva a sociedade, se *manifesta* para os homens.

Há uma evolução na compreensão do social que passa de um conjunto de representações para um discurso. (CHAUÍ, 2007) As representações tornam-se “um discurso *sobre* o social e um discurso *sobre* a política.” (CHAUÍ, 2007, p. 30) Chauí (2007, p. 31 e 32), continuando a explicação sobre a tarefa do discurso ideológico, diz que é

realizar a **lógica do poder** fazendo com que as **divisões e as diferenças apareçam como simples diversidade das condições de vida de cada um, e a multiplicidade das instituições, longe de ser percebida como pluralidade conflituosa**, apareça como um conjunto de esferas identificadas umas às outras, harmoniosa e funcionalmente entrelaçadas, condição para que um poder unitário se exerça sobre a totalidade do social e apareça, portanto, dotado da aura da universalidade, que não teria se fosse obrigado admitir realmente a divisão efetiva da sociedade em classes. (negritei)

Esta compreensão de Chauí (2007) se encaixa perfeitamente com a explicação sobre as teorias atuais da sociedade civil de Wood (2003, p. 219):

As atuais teorias da sociedade civil reconhecem o fato de ela não ser o espaço de liberdade e democracia perfeitas. Ela sofre com a opressão na família, nas relações de gênero, no local de trabalho, pelas atitudes racistas, pela homofobia etc. Na verdade, pelo menos nas sociedades capitalistas avançadas, tais opressões se tornaram o foco principal de luta, enquanto a política, no seu sentido antigo, relacionada ao poder do Estado, partidos e oposição a eles, fica cada vez mais fora de moda. Ainda assim, essas opressões são tratadas como componentes da sociedade civil, mas como disfunções dela. Em princípio, a coação pertenceria ao Estado, ao passo que a sociedade civil seria o local onde se enraíza a liberdade; e a emancipação humana, de acordo com tais argumentos, consiste na autonomia da sociedade civil, sua expansão e seu enriquecimento, sua libertação do Estado, e na proteção oferecida pela democracia formal. **Mais uma vez, o que tende a desaparecer de vista são as relações de exploração e dominação que irredutivelmente constituem a sociedade civil, não apenas como um defeito alheio e corrigível, mas como sua própria essência, a particular estrutura de dominação e coação que é específica do capitalismo como totalidade sistêmica - e que também determina as funções coercitivas do Estado.** (negritei)

A mudança de perspectiva vem sempre com respaldo em uma mudança no discurso, principalmente o discurso competente. O discurso competente

é aquele no qual a linguagem sofre uma restrição que poderia ser assim resumida: não é qualquer um que pode dizer a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância. O discurso competente confunde-se, pois, com a linguagem institucionalmente permitida ou autorizada, isto é, com um discurso no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e ouvir, no qual os lugares e as circunstâncias já foram predeterminados para que seja permitido falar e ouvir e, enfim, no qual o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones da esfera de sua própria competência. (CHAUÍ, 2007, p. 19)

É desta forma que o papel do Estado vai sendo alterado, com suas alterações econômicas e sociais; com a “voz” justificadora de quem já está investido do poder de falar. Chauí (2007, p. 23) continua a tratar sobre o discurso competente ao dizer que

sabemos também que **haverá tantos discursos competentes quantos lugares hierárquicos autorizados** a falar e a transmitir ordens aos degraus inferiores e aos demais pontos da hierarquia que lhe forem partidários. [...] Enfim, também sabemos que se trata de um discurso instituído ou da ciência institucionalizada e não de um saber instituinte e inaugural e que, como conhecimento instituído, tem o papel de dissimular sob a capa da cientificidade a existência real da dominação. (negritei)

O social histórico é o social constituído pela divisão em classes e fundado pela luta de classes. Essa divisão, que faz, portanto, com que a sociedade seja, em todas as esferas, atravessada por **conflitos e por antagonismos que exprimem a existência de contradições constitutivas do próprio social, é o que a figura do Estado tem como função ocultar.** (negritei - CHAUI, 2007, p. 31)

A lógica da homogeneidade que o Estado pretende fazer acreditar através da ocultação da realidade social pode ser comprovada através do princípio da igualdade e o que ele informa. A Constituição Federal em vigor, em seu artigo 5º - Dos Direitos e Garantias Fundamentais – estabelece que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”. A interpretação deste princípio é que no Brasil a igualdade irá além da mera formalidade (justiça formal), atingindo a esfera real (chamada de igualdade material ou substancial). E como se dá esta lógica? “Buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais.” (SILVA, 2007, p. 211)

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental. (ROCHA *apud* SILVA, 2007, p. 214)

Este é o discurso jurídico-formal, que camufla a real desigualdade. Alves (1987, p. 335) estudando esta relação dialéctica como estratagema da reprodução do capital diz que

constata-se que a igualdade perante a lei, ou igualdade jurídico-formal, não só é plenamente compatível com a desigualdade real de natureza econômica, como também é o exato pressuposto essencial para que a repartição desigual da riqueza social possa ser levada a efeito, de forma hegemonicamente dissimulada. Na medida em que as normas jurídicas e os conceitos da respectiva reflexão teórica são vazados mediante representações abstratas – universais abstratos – sem referência a distinções internas particularizadas – universais concretos –, a igualdade jurídico-formal tende a nivelar todas as diferenças sociais ou, simplesmente, a não considerá-las para os efeitos operacionais do sistema.

A igualdade constitucional, para concretização, segundo doutrina jurídica, dirige-se ao legislador e ao aplicador da lei. Ou seja, atinge o fenômeno jurídico como um todo (da regulamentação das relações através de normas até a aplicação delas através do Judiciário). Segundo Silva (2007, p. 218),

o princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Vê-se, pelo enunciado, que o Estado atual (chamado de Estado Democrático de Direito) se diz não mais apenas *prever* direitos, mas *garanti-los*, principalmente com destaque ao Poder Judiciário. (LEITE, 2008) No entanto, de forma paradoxal, a política neoliberal, mais sentida em alguns ramos do Direito, como o justرابالھista, vem diminuindo estes direitos.

Na atualidade brasileira a proteção ao trabalhador ínsita no fenômeno justرابالھista também é, por vezes, utilizada politicamente para criar um imaginário de que as diferenças *naturais* entre capital e trabalho são sanadas pela valorização normativa do trabalhador. Não é que o Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho sejam ideologia⁴, mas que o discurso político⁵, que dá a lógica dentro deste quadro complexo de interesses e atuações entre Estado e sociedade, utiliza (ou pode utilizar quando assim interessar) o fenômeno justرابالھista como instrumento⁶. Esta compreensão não

4 No que também não se retira a possibilidade de terem conteúdo ideológico e servirem de manipulação ideológica.

5 Entendido como aquele que também advém de juristas e de outros atores e não somente dos políticos no sentido estrito do termo.

6 Como aduz Coelho (2003, p. 133), “a ideologia está assim intimamente ligada à legitimação de um *modus vivendi* na sociedade instituída, seja a de modelo capitalista, seja as pseudo-socialistas atuais; em ambas a manipulação da ideologia ocorre por meio da educação, da indústria cultural, e também por meio do direito. Todos esses fatores podem ser definidos como instrumentos de manipulação ideológica.”

deve nos levar a entender o Direito (norma, seus criadores e aplicadores) como puro e livre de responsabilidade quanto ao ocultamento da realidade trabalhista.

O Estado e o Direito são ficções e abstrações criadas por pessoas (grupos). Há nestes grupos que criam as normas e as aplicam, interesses específicos e pontos de vista sobre a realidade sociopolítica, além de coexistirem com estas ações as próprias práticas sociais não instituídas (instituição social e criação social). Esta é a complexidade de se teorizar sobre a realidade, que Chauí (2007, p. 28) apropriadamente resume: “a prática instituidora do social é ação de sujeitos que são instituídos como tais por esse mesmo social.”

Ademais, exigir do fenômeno jurídico um papel ativo-real não é exigir senão o que o próprio Direito se propôs na alteração do tipo estatal (Liberal para Social). No Estado atual, como afirma Pimenta (*apud* TEODORO, 2009, p. 70),

a estrutura do direito é transformada na medida em que se recorre novamente à lei, mas agora para se implementar a igualdade substancial. Nesse contexto é que passaram a ser reconhecidos e proclamados os direitos sociais e econômicos, dentre eles o direito do trabalho, bem como foi construído o paradigma do Estado do Bem-Estar Social, o *Welfare State*.

Explicando a estrutura do Direito no Estado Social, Teodoro (2009, p. 70 e 76) afirma:

A matriz liberal do Estado de direito concebia os direitos fundamentais como defesa contra o Estado. Em contraponto, os direitos sociais clamam pela atuação ativa e positiva do Estado. Ademais, conferem prestações sociais aos indivíduos e grupos a fim de efetivar a igualdade material.

Enfim, o direito que surge após o positivismo apresenta estrutura que não desconstrói o ordenamento positivo, mas introduz nele ideais de justiça e legitimidade.

[...]

As mudanças ocorridas na passagem do Estado liberal para o Estado social representaram transformação completa no próprio ordenamento jurídico. O Estado abandona a posição passiva de proteção da propriedade e do interesse exclusivamente individual e passa a promover a efetivação da dignidade da pessoa humana.

No decorrer dos estudos sobre ideologia houve em um momento seu entendimento como “o conjunto de idéias duma pessoa ou grupo, a estrutura de suas opiniões, organizada em certo padrão”. (LYRA FILHO, 1982, p. 7) No entanto, continua Lyra Filho (1982, p. 7) explicando, evoluiu para a inclusão, dentro desta estrutura de ideias, de

deformações do raciocínio, pelos seus conteúdos e métodos, distorcidos ao sabor de vários condicionamentos, fundamentalmente sociais. Por outras palavras, descobriu-se que a imagem mental não corresponde exatamente à realidade das coisas.

Este fenómeno ocorre porque as ideias (a atividade mental), mesmo estando relacionadas a condições materiais de existência, não refletem a realidade,

mas, ao contrário, representam o modo como essa realidade lhes *aparece* na experiência imediata. Por esse motivo, as ideias tendem a ser uma representação invertida do processo real, colocando como origem ou como causa aquilo que é efeito ou consequência, e vice-versa. (CHAUÍ, 2008, p. 64)

Então, dentro da dominação capitalista, o modo de produção “é o sistema das relações de produção e de *suas representações* por meio de categorias jurídicas, políticas, culturais etc.” (destaquei - CHAUÍ, 2008, p. 64) Ele é o que é e o que representa ser. E estas representações ganham forma autônoma, ocultando as relações que as precederam. Continua Chauí (2008, p. 65) sobre esta questão:

A forma inicial da consciência é, portanto, a alienação, pois os homens não se percebem como produtores da sociedade, transformadores da natureza e inventores da re-

ligião, mas julgam que há um *alienus*, um Outro (deus, natureza, chefes) que definiu e decidiu suas vidas e a forma social em que vivem.

É, portanto, de forma invertida que a existência vai sendo reproduzida e a ideologia vai concretizando a sua função.

Mesmo que todos os seres humanos de algum modo exerçam atividade intelectual⁷, Chauí (2008) nega a possibilidade de ideologia como prática de todos. As ideias dominantes são as ideias da *classe dominante*. Diz a autora (2008, p. 115) que “falar em ideologia dos dominados é um contra-senso, visto que ideologia é um instrumento de dominação.” Bem diferente é a compreensão de Gramsci⁸ sobre ideologia, que tem na concepção de mundo o seu significado mais expressivo ou “papel principal na teoria gramsciana”, como afirma Santos (1980, p. 43). Segundo Santos (1980, p. 42),

7 Como aduz Gramsci (2011a, p. 18), “em qualquer trabalho físico, mesmo no mais mecânico e degradado, existe um mínimo de qualificação técnica, isto é, um mínimo de atividade mental criadora.”

8 “Ao lado do significado tradicional, de sentido negativo, enquanto sinônimo de visão deformada da realidade, Gramsci concebe a ideologia, em sentido positivo, como a visão do mundo, mais ou menos coerente, da qual todo ser humano carece para viver na realidade.” (destaquei - FINELLI, 2003, p. 107) O destaque em “ao lado” é para lembrar que não há só o sentido positivo em Gramsci, mas uma relação complexa de grupos interessados com mediações de agentes importantes (intelectuais orgânicos).

a estrutura ideológica, apesar de comandada pelo mecanicismo da “falsa consciência”, não deixa, por isso, de reproduzir, no plano dos seus níveis e discursos específicos, a configuração da totalidade social. Daqui a dimensão “positiva” da ideologia.

Percebemos que, na visão de Chauí, a característica presente nos três elementos “Estado, Direito e ideologia” é a *dominação de uma classe*.

Não nos posicionamos negando a possibilidade de processo social do modo explicado por Chauí (2008), até pela convicção sobre a criação do Estado - principalmente como esfera separada da sociedade civil e representante universal dos interesses desta - estar relacionada ao longo da história a interesses relacionados ao exercício de poder político⁹ de classes dominantes e a manutenção deste poder. No entanto, entendemos também que não devemos nos comportar em extremos teóricos, onde só há a separação total entre Estado e sociedade (caracterizada como benévola – Reale, 2002 – ou como a mecânica dominação de uma classe que submete pura e simplesmente a/s outra/s) ou a extinção do Estado e do Direito, como fica claro na explicação de Reale

9 “Todo Estado constitui uma ordem coercitiva, e independentemente de qual seja o método (autocrático ou democrático) de sua criação e conteúdo, tem de ser uma ordem jurídica que se vá concretizando gradualmente.[...]” (OCAMPO, 2009, p. 61)

(2002, p. 79) citada anteriormente, nitidamente criticando o marxismo.

Sem negar a elucidação das relações entre Estado, Direito e ideologia tratadas até este ponto, algumas questões atuais pedem aportes teóricos menos ortodoxos e para entender o movimento social em nossas pesquisas se faz mister abrir as portas às contradições e complexidades das relações sociais, inclusive as de poder.

Como aduz Santos B. (2010), ao tratar da relação Estado/sociedade, são poucos os que hoje aceitam o determinismo do marxismo ortodoxo¹⁰, em que se compreende que

as sociedades evoluem necessária e deterministicamente ao longo de várias fases, segundo leis que muito sumariamente podem ser formuladas do seguinte modo: o nível de desenvolvimento das forças produtivas (o nível de desenvolvimento tecnológico e da produtividade do trabalho, etc.) determina e explica o conjunto das relações sociais de produção, ou seja, a estrutura econômica da sociedade; por sua vez, a estrutura econômi-

10 Para Coutinho (2011a, p. 74) – autor que relata a atualidade do *Manifesto* em alguns aspectos, mas não sem indicar os limites históricos da obra -, “um marxista que compreenda a ‘ortodoxia’ não como reverência fetichista aos textos, mas como empenho em ser metodologicamente fiel ao movimento histórico-dinâmico do real não pode repetir essas definições do *Manifesto* como plenamente válidas ainda hoje.” E continua (2011a, p. 76) ao tratar de revisões do marxismo, entre elas a feita por Gramsci, afirmando que “reler as obras de Marx e Engels, precisamente de um ponto de vista marxista, significa relê-las de modo crítico, relativizá-las, situá-las historicamente.”

ca da sociedade, a chamada “base econômica”, determina e explica as formas políticas, jurídicas e culturais que dominam a sociedade, ou seja, a “superestrutura”.

Apesar de também não aceitarmos o determinismo mecanicista conforme explicado por Santos B. (2010, p. 37), também entendemos como o autor que a sociedade não deve ser vista como “totalmente contingente ou indeterminada”. É preciso entender a *correspondência* entre os elementos.

Coutinho (2011a, p. 68 e 74) também indica fatores que impulsionam uma teorização atualizada sobre as questões sociais. Dois fatores citados nos interessam: a diversificação e a complexificação no universo dos trabalhadores (imprevisível para Marx e Engels naquele momento histórico) e a “socialização da política”, caracterizada através da “conquista do sufrágio universal, criação de sindicatos e partidos operários de massa”. E hoje cada vez mais ampliada a participação na política, através das cotas para mulheres nos partidos e nas legislaturas, por exemplo, e melhor divisão do espaço político eleitoral. Esta alteração quanto à política “forçou o Estado capitalista a se abrir para outros interesses que não apenas os da classe dominante”.

Novos fenômenos surgiram, sobretudo a partir do último terço do século XIX, que,

ao introduzir determinações inéditas no ser social, tornaram obsoletas muitas das características presentes em tais definições. (COUTINHO, 2011a, p. 74)

As “definições” são as referentes a três pontos que formam a teoria política apresentada no *Manifesto*, a saber: noção restrita de Estado, atuando em nome de uma classe por meio da força; a luta de classes bipolarizada em burgueses e proletários; e, por fim, uma revolução socialista concretizada pela derrubada violenta do poder burguês pelo contrapoder (o proletariado).

Esta concepção restrita de Estado em Marx e Engels é justificável, segundo Coutinho (2008, p. 51), em razão da realidade com a qual se defrontaram nos Estados capitalistas no período do *Manifesto*. Diz Coutinho (2008, p. 51 e 52):

Numa época de escassa participação política, quando a ação do proletariado se exercia sobretudo através de vanguardas combativas mas pouco numerosas, atuando quase sempre na clandestinidade, era natural que esse aspecto coercitivo do Estado se colocasse em primeiro plano na própria realidade [...].

Na revisão concebida por Gramsci, no Estado aparecem elementos da sociedade política e da sociedade civil. Segundo Gramsci (2011b, p. 244), “seria possível dizer, de que Estado = sociedade política + sociedade civil, isto é, hegemonia couraçada de coerção.”

As duas esferas têm função na organização social, são autônomas quanto à reprodução das relações de poder da “classe social fundamental” e levam para a superestrutura diferentes projetos. (COUTINHO, 2008, p. 54) No âmbito da sociedade política, a base é a dominação pela coerção, mas para a “classe social fundamental” controlar a sociedade civil, busca aliados entre as instituições que Gramsci chama de aparelhos “privados” de hegemonia.

Coutinho (2008, p. 55) explica que Gramsci usa a expressão “privados” entre aspas porque a função destes aparelhos, que são a base material da sociedade civil, também é pública “na medida em que são parte integrante das *relações de poder* em dada sociedade.” Existe uma real autonomia e legalidade no funcionamento destes “aparelhos de hegemonia”, que fazem a “mediação necessária entre a base econômica e o Estado em sentido estrito.” (COUTINHO, 2008, p. 55) A hegemonia não se dá no campo da coerção, mas no campo do consenso. Na verdade é um equilíbrio entre estas duas funções. Segundo Gramsci (2011b, p.95),

o exercício ‘normal’ da hegemonia, no terreno tornado clássico do regime parlamentar, caracteriza-se pela combinação da força e do consenso, que se equilibram de modo variado, sem que a força suplante em muito

o consenso, mas, ao contrário, tentando fazer com que a força pareça apoiada no consenso da maioria, expresso pelos chamados órgãos da opinião pública – jornais e associações –, os quais, por isso, em certas situações, são artificialmente multiplicados.

Estas especificidades deixam a relação entre economia e política e a construção de uma tradição democrática em situação ainda mais complicada, até porque facilitam um controle das massas.

Por ser uma mistura complexa e “orgânica” de elementos e ter níveis em seu próprio conteúdo, para Gramsci a ideologia não tem somente o componente negativo do “falso”; representa também a totalidade da configuração social e é por esta razão que organiza massas e lhe dá unidade. (SANTOS, 1980) Ideologia também é realidade. Santos (1980, p. 44) apresenta as dimensões positivas da ideologia em Gramsci:

Poderíamos sintetizar a posição gramsciana sobre a estrutura e o estatuto do fenômeno ideológico afirmando que Gramsci lhe atribui uma tripla dimensão positiva: uma dimensão *cognitiva*, enquanto esfera na qual os homens tomam consciência das contradições do real; uma dimensão *ontológica*, enquanto nível superestrutural da totalidade social e “forma” de estrutura econômica; e uma dimensão *axiológico-normativa*, enquanto horizonte de valores que *apelam* à ação, à prática.

Este quadro de “organicidade” interna da ideologia não nasce em si nem é consequência direta da estrutura econômica. Há um tipo social presente em qualquer classe e que mantém com esta certa relação de autonomia. São os intelectuais “orgânicos”. São os “agentes especializados da superestrutura” que estão ligados a uma classe, da qual representa os interesses. Estes são os *agentes da ideologia*. (SANTOS, 1980, p. 51 e 55)

Os intelectuais atuam tanto no exercício da dominação quanto no da hegemonia, dependendo do *modus operandi* que seja utilizado na organização da sociedade no momento. Abarcam os ideólogos e os que desempenham alguma função no aparelho de Estado. Na dinâmica social é natural haver os que pensam sobre a formação social e outros que atuam de forma mais passiva e mais receptiva (os chamados “membros ativos das classes, que têm menos tempo para criar ilusões e idéias sobre as suas pessoas”). (SANTOS, 1980, p. 54).

Santos (1980, p. 56) diz que “na luta ideológica, a estratégia das classes subalternas deve estar voltada para o ataque frontal aos grandes intelectuais da classe dirigente.”

3. Considerações finais

Pensando na diversidade de ideologias e nos agentes envolvidos, pode-se dizer que há um campo de batalha entre, digamos, titãs.

Não só a nova sociedade civil é formada por diversidades antagônicas, como também é possível haver contradições internas em cada aparelho das sociedades política e civil, evidenciando influências recíprocas.

É necessário estudar o fenômeno jurídico dentro dessas complexidades e processualidades apresentadas, a fim de fomentar uma compreensão real e crítica sobre o Direito.

Referências

ALVES, Alaor Caffé. **Estado e ideologia: aparência e realidade**. São Paulo: Editora brasiliense, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

CHIMENTI, R. C; et. al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COUTINHO, Carlos Nelson. **De Rousseau a Gramsci: ensaios de teoria política**. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. **Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2008.

FINELLI, R. O “pós-moderno”: verdade do “moderno”. *In*: COUTINHO, C.N.; TEIXEIRA, A.P. (orgs.). **Ler Gramsci, entender a realidade**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011a, v. 2.

_____. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011b, v. 3.

HÖFLING, Eloisade Mattos. Estadoepolíticas(públicas)so-
ciais. **Cadernos Cedex**, ano XXI, nº 55, novembro/2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Pro-
cessual do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2008.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11 ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comu-
nista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MELO, Tarso Menezes de. **Direito e existência con-
creta: a ideologia jurídica e a função social da pro-
priedade rural**. 2007. 128 f. Dissertação (dissertação
em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo,
2007.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Cons-
titucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OCAMPO, Raúl Granillo. **Direito internacional públi-
co da integração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São
Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, João Agostinho A. Gramsci: Ideologia, Intelectuais Orgânicos e Hegemonia. *In: Temas de Ciências Humanas*. São Paulo: Livraria Ed. Ciências Humanas, 1980, p. 39-64.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **Crise do Estado Social e o papel do juiz na efetivação de direitos trabalhistas**. 2009. 233 f. Tese (doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico**. São Paulo: Boitempo, 2003.

CAPÍTULO 3

A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E A EVOLUÇÃO DO DIREITO
ADMINISTRATIVO

DAVID DE MEDEIROS LEITE
ZULIMAR SÁNCHEZ SÁNCHEZ

1. Introdução

O efetivo exercício da democracia pressupõe a participação dos cidadãos na administração da coisa pública. Não obstante ser um postulado moderno, visto que, historicamente, a cidadania e a democracia se mantiveram restritas a poucos indivíduos, os quais, por deterem o poder (econômico, político, militar, social), impunham suas leis aos demais membros da sociedade.

Embora a participação seja quase sempre associada à democracia, nem toda participação é democrática. Entretanto, quando se fala em participação cidadã, entende-se, de logo, que todos os membros da sociedade têm o direito (premissa da cidadania) de participar, de acompanhar e de fiscalizar os atos da Administração Pública.

Assim, para que se possa falar em participação cidadã é necessário, primeiramente, tentar situar o que seja, de fato,

um cidadão. É que a cidadania pressupõe um conjunto de direitos que autoriza a participação ativa dos indivíduos na governança da sociedade. Desta perspectiva, os indivíduos à parte desse conjunto de direitos, não têm, igualmente, autorização para participar do processo democrático. No caso, são os excluídos, os marginalizados, os párias da sociedade.

O conceito de cidadania é, portanto, significativo para a Administração Pública, uma vez que ser cidadão não implica apenas ter conhecimento de uma lista de garantias e obrigações, mas também, e principalmente, fazer valer seus direitos. E isto só se faz através da participação democrática.

De origem grega, a palavra cidadania designava os habitantes da cidade (pólis), mas não qualquer habitante. Eram considerados cidadãos os habitantes que podiam participar da vida política da cidade, ou seja, os grandes proprietários de terras, os comerciantes. Escravos, mulheres, crianças e velhos não podiam participar da política, por não serem considerados cidadãos.

O conceito moderno de cidadania, entretanto, reconhece a igualdade de todos perante a lei, garantindo-lhes, ao menos em tese, o direito de participar da vida política e da administração do Estado.

O primado da participação popular na Administração Pú-

blica pode ser logo deduzido do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Neste ponto, pode-se encontrar a legitimidade da democracia representativa e, igualmente, da participação cidadã na Administração Pública, visto que o texto constitucional não restringe a participação popular ao voto, pois abre a possibilidade do controle social do Estado.

Tendo-se essa premissa como elemento fundamental, a participação cidadã, com efeito, pode contribuir para a eficiência da Administração Pública. Tal controle social não é apenas um controle de legalidade, senão também de eficácia, dado que participação popular tem um significado bem objetivo, ou seja, implica a demonstração de que os representantes devem ouvir a sociedade, de modo a conduzir a gestão pública à proporção do interesse da maioria. Neste particular, o fator fiscalizador assume uma grande importância quanto à eficiência estatal.

O referido artigo está dividido em três partes. Na primeira, é apresentada uma síntese da evolução histórica do Direito Administrativo, inclusive a inserção do princípio da partici-

pação administrativa nesse ramo do Direito. A segunda parte, por sua vez, trata dos institutos da participação popular na Administração Pública, com destaque para a contraposição da doutrina estrangeira com a brasileira.

Por último, apresenta as possibilidades participativas das novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) e alega o conceito de *cibercidadão*.

2. A evolução do direito administrativo

O Direito Administrativo, como um ramo autônomo do direito, surge entre o fim do século XVIII e início do século XIX. Isso não significa que, antes desse período, não existissem normas que hoje haveriam de compor esse ramo do direito, uma vez que, desde a origem do Estado, sempre se fez necessário órgãos responsáveis pela execução das funções administrativas.

A formação do Direito Administrativo se iniciou, juntamente com o Direito Constitucional e com outros ramos do direito público, a partir do momento em que o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação de poderes, começou a desenvolver-se. A partir daí, todos os cidadãos, inclusive os governantes, pas-

saram a submeter-se à lei, em especial à Constituição. Com isso, cumpre-lhe, ao Estado o dever de assegurar a proteção dos direitos individuais, não somente na relação entre particulares, mas também entre estes e o próprio Estado. O Direito Administrativo, segundo Mello (1979, p. 52):

[..] constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções.

Pode-se dizer que o Direito Administrativo nasceu na França, em decorrência da criação da jurisdição administrativa naquele país, ao lado da jurisdição comum, e foi a partir da elaboração dos primeiros órgãos de jurisdição administrativa que se desenvolveram vários princípios, que depois seriam incorporados ao regime jurídico de muitos outros países, entre os quais, o Brasil.

Assim, como o direito francês, o Direito Administrativo brasileiro não conseguiu desenvolver-se como ramo autônomo, enquanto o país vivia sob o regime da monarquia ab-

soluta. Daí que, para falar de Direito Administrativo brasileiro, é de necessidade voltar a um período em que tal ramo só existia como um conjunto de normas que se aplicavam à Administração Pública, mas que não eram sistematizadas de forma autônoma. De modo que pode-se dividir a análise do Direito Administrativo brasileiro em quatro fases, de acordo com os respectivos períodos históricos.

No período colonial, sob o domínio da legislação portuguesa, estavam em vigor as Ordenações Afonsinas, de D. Afonso V, correspondentes ao primeiro de três corpos de leis que os reis de Portugal mandaram elaborar entre a primeira metade do século XV e o início do século XVII. Mais tarde, as Ordenações Afonsinas, que vigoraram até 1511, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, de D. Manoel I.

Na prática, as Ordenações Manuelinas não tiveram nenhuma aplicação no Brasil, embora fossem aplicáveis, uma vez que estavam em vigor em Portugal. Mas, no plano prático, acabaram prevalecendo os usos e costumes da época, sendo, porém, de salientar que foram praticamente inexistentes as contribuições dos indígenas à formação do direito brasileiro.

Em 1613, Felipe II baixa as Ordenações Filipinas, também conhecidas como Ordenações do Reino, o que vigoraram no Brasil mesmo após a independência, deixando, porem,

de ser aplicadas com a elaboração dos chamados Grandes Códigos; o Código Criminal do Império do Brasil, de 16-02-1830; o Código de Processo Criminal, de 29-11-1832, o Código Comercial, de 25-06-1850, e o Código Civil, de 01-01-1916.

Faz-se cogente lembrar que, na época do Brasil Colônia, Portugal, assim como grande parte da Europa, vivia o período do absolutismo, que exercia amplos poderes sobre a metrópole e as colônias. No Brasil, aplicavam-se, em termos de legislação, diversos atos normativos, sob a forma de alvarás, ofícios e cartas-régias, sempre providas do monarca.

No que diz respeito ao sistema político do Brasil Colônia, a forma adotada foi a das Capitânicas Hereditárias. Estas, concedidas através de cartas de doação, que podiam ser transferidas, como herança, para o filho varão mais velho do capitão hereditário (daí vem o nome de capitânicas hereditárias). As terras ainda podiam ser arrendadas ou aforadas, em troca de tributos ou foros que o donatário julgasse cabível. Segundo Di Pietro (2002, p. 5):

As cartas de doação eram seguidas das cartas de forais, que especificavam os direitos, foros, tributos e coisas que se pagariam ao rei e ao capitão hereditário e governador. Os dois documentos constituíam o estatuto da capitania, onde constavam os privilégios e os deveres dos donatários. Este

atuava como governador, com poderes administrativos exercidos sobre coisa pública, já que a capitania não era de propriedade do capitão, a não ser quanto a uma pequena parcela. Sendo coisa pública, a capitania era inalienável, podendo repartir-se em sesmarias (instituto já previsto nas Ordenações Afonsinas, originário de uma lei de 1375 – Lei das Sesmarias).

As cartas de forais previam uma forma de distribuição da renda, indicando o que caberia ao Rei e ao Governador. Essas cartas ainda davam poderes de jurisdição, civil e criminal, aos donatários, assim como competência para escolher os oficiais encarregados de administrar a justiça e, por igual, os homens que seriam responsáveis pela administração das vilas que iam se formando. Os donatários podiam, ainda, nomear o seu Ouvidor, que exercia função administrativa e judiciária. O Ouvidor era a autoridade máxima, abaixo do Capitão. Seu papel assemelha-se ao que hoje é desempenhado por Secretário de Estado.

Já no período do Império, após a promulgação da primeira Constituição brasileira, em 1824, o território foi dividido em províncias, cada qual administrada, constitucionalmente, por um Presidente nomeado pelo Imperador. A Constituição de 1824 previa, ainda, a divisão e a harmonia entre os poderes, estabelecendo, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Poder Moderador. Para Di Pietro (2002, p. 11-12):

O Poder Moderador exerce atribuições políticas. Ele traça a orientação a ser seguida pelo Poder Executivo. No entanto, a Administração goza de certa independência no que diz respeito à execução das leis, nas relações diretas do poder público com os cidadãos e com as potências estrangeiras; [...] é o que ocorre com o preenchimento de empregos públicos, com a distribuição de quotas destinadas às despesas públicas das províncias, a navegação fluvial, etc.

No que diz respeito à relação da Administração Pública com o poder moderador, cabia-lhe, a este, traçar a política que deveria ser seguida por aquela, sob a condição de conformar-se com o que lhe fora imposto. Os excessos, ou abusos de autoridade, eram acusados, privativamente, pela Câmara dos Deputados, para serem processados perante o Senado. Não havia possibilidade de uma autoridade administrativa responder por seus atos perante o Poder Judiciário.

Já existia, na época do império, uma Administração Pública organizada, bem como uma consciência de que já havia um Direito Administrativo, distinto do Direito Civil, se bem que, sem a amplitude que tem atualmente. Esse ramo do direito, à época, era visto como um complexo de leis. O período imperial corresponde a uma época de grandes conquistas no campo do Direito Administrativo brasileiro, com a criação da cadeira de Direito Administrativo nos cursos

jurídicos, instalada em 1855, na Faculdade de Direito de São Paulo, e regida por José Antônio Joaquim Ribas.

No período republicano, abandonou-se o modelo francês de dualidade de jurisdição, e adotou-se o modelo anglo-americano de unidade de jurisdição. Com isso, a Administração Pública passou a submeter-se ao controle jurisdicional, e a jurisprudência passou a ocupar um papel de destaque, como fonte do direito. Ou seja, ela passou a desempenhar um papel fundamental na criação do direito.

Pode-se dizer que, nessa fase, o Direito Administrativo brasileiro sofreu forte influência do direito norte-americano, no que se refere ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle do Poder Judiciário. Mas, ainda segundo Di Pietro (2002, p. 15):

[...] no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle pelo Poder Judiciário. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante continuava sendo a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nis-

to afastou-se do sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada.

No entanto, quanto à criação do direito pelos tribunais, não existe, absolutamente, nada que diferencie o modelo americano do francês. Foram, as instituições dos Estados Unidos e os princípios da *common law* que foram tomados como base, durante muito tempo, para o nosso regime jurídico.

Com a promulgação da Constituição de 1934, entretanto, o Direito Administrativo alcançou grande evolução, em decorrência, principalmente, da própria previsão constitucional de extensão das atividades do Estado, em termos sociais e econômicos. A partir daí, foi instituído o Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal.

Se a Constituição de 1891 era marcada pelo caráter liberal e individualista, a de 1934 assume um caráter socializante, marcado pela ampla intervenção na ordem social. O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública, e passa a atuar nas questões sociais, como saúde, educação, higiene, economia, assistência e previdência social. Então, começa a se organizar o funcionalismo público, com Estatuto Funcional, estabelecido no artigo 170 da Constituição. Daí que

se asseguraram, mediante esse dispositivo, direitos básicos existentes até hoje, como estabilidade, aposentadoria e reintegração em caso de invalidação de demissão por decisão judicial. Também foi estabelecida a exigência de concurso público para a investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e proibida à acumulação de cargos públicos remunerados nas três esferas do governo (art. 172), salvo cargos de magistério e técnico-científicos.

No período de vigência das Constituições de 1934, 1937 e 1946, foram criadas algumas importantes leis para a Administração Pública. A maioria destas leis ainda sobrevive, como o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (sobre desapropriação por utilidade pública), o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 (sobre bens públicos da União), a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (sobre Mandado de Segurança), e a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (sobre Ação Popular).

Na verdade, nessa época, o Direito Administrativo já estava definido como um ramo autônomo do Direito Público, com institutos, princípios e regime jurídico próprio, e tendo por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas integrantes da Administração Pública, a atividade jurídica exercida e os bens usados para a consecução de seus fins, sempre de natureza pública.

Hodiernamente, o Direito Administrativo é analisado de uma forma bem mais ampla, considerando não só as normas de Direito Público disciplinadoras da atividade administrativa, mas associando sua existência à efetivação dos direitos fundamentais e ao devido funcionamento e arranjo das estruturas estatais.

Nas palavras de Justen Filho (2011, 65-66):

Por um lado, o direito administrativo disciplina um setor de atividades e um conjunto de organizações estatais e não estatais para produzir a limitação dos poderes inerentes à existência do Estado e ao desenvolvimento da sociedade humana. O direito administrativo visa a evitar que a concentração de poderes políticos e econômicos, relacionados com as atividades de satisfação de interesses coletivos, produza o sacrifício da liberdade e de outros valores fundamentais. Sob esse ângulo, o direito administrativo é um instrumento de limitação do poder (estatal e não estatal). Essa é uma faceta que se poderia qualificar como de atuação negativa ou omissiva.

Sob outro prisma, o direito administrativo tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos. Há valores fundamentais a serem realizados, cuja afirmação é inquestionável e cuja produção não pode ser deixada às escolhas individuais e egoísticas. É necessário produzir organizações estatais e não estatais para promover esses valores

fundamentais. O direito administrativo é o instrumento jurídico e social para atuação dessas organizações e para a realização dessas atividades. Essa é a faceta que se diria de atuação positiva ou comissiva.

Diante dessa evolução conceitual, é possível observar que a legitimação estatal encontra balizamento no colóquio entre governo e sociedade, pressupondo a viabilidade do respeito às individualidades, de forma igualitária, tratando-os, assim como titulares de direitos insuprimíveis.

Habermas (2001, p. 159) assevera:

“Porque a questão da legitimidade das leis garantidoras da liberdade tem de encontrar uma resposta dentro do direito positivo, o contrato social não pode impor e fazer valer o ‘princípio do direito’ senão ligando a formação da vontade política do legislador a condições de um procedimento democrático, sob as quais os resultados produzidos conforme o procedimento expresse per se a vontade concordante ou o consenso racional de todos os implicados”.

Portanto, a práxis democrática demanda a participação de todos os interessados, ou seja, da coletividade como um todo.

Habermas (1996) explicita que um dos objetos de sua teoria procedimental da democracia consiste em demonstrar

a cooriginalidade dos direitos individuais fundamentais e da soberania popular. O autogoverno, de um lado, serve para proteger os direitos individuais; e de outro, os mesmos direitos fornecem as condições necessárias para o exercício da soberania popular. Uma vez aceitos dessa maneira, sustenta Habermas, “então se pode entender como a soberania popular e os direitos humanos andam lado a lado e logo perceber a cooriginalidade das autonomias cívica e privada” (HABERMAS, 1996, p. 127).

Pode-se dizer, assim, que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de interdependência ou reciprocidade. Da conjugação desses dois elementos é que surge o Estado Democrático de Direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana. (BNENBOJM, 2014)

O que a moderna doutrina chama de Administração Pública Dialógica, enseja uma releitura da atuação estatal, com vistas ao interesse público, como forma de promover a interação dinâmica entre gestor público e administrados, de modo a afastar uma expressão monológica do Poder Público, sempre buscando a preservação da pluralidade de interesses constantes em uma sociedade.

O indivíduo emerge de sua posição de coadjuvante para se

tornar um protagonista no atual Estado Democrático de Direito, vez que, diante da moderna discussão sobre os direitos fundamentais, muda-se o papel tradicional da Administração Pública, que agora se deve apresentar direcionada ao respeito à dignidade da pessoa humana, para se tornar um verdadeiro espaço para o desenvolvimento das potencialidades sociais (BAPTISTA, 2003).

Como alerta Bombardelli (1996):

Cada vez mais frequentemente, assim, defende-se a necessidade de colocar os aparatos administrativos em uma nova dimensão que lhes ponha a serviço da pessoa humana e lhes dirija no sentido da colaboração com os indivíduos para o desenvolvimento de suas potencialidade e capacidade de contribuir seja para o seu bem individual, seja para o da sociedade. Para a administração torna-se importante travar relações frequentes com os cidadãos, com os grupos e com as empresas, relações essas que não mais sejam caracterizadas pela ótica do conflito, da mesma forma que as disposições normativas expressas devem conduzir ao seu aparelhamento [da administração] de modo permanente, para o diálogo com todos os sujeitos envolvidos no seu agir, através de figuras organizativas de tipo absolutamente novo (...).

Ainda, de acordo com Canotilho (2000, p.52), “que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos

direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, demonstrando que o objetivo do constitucionalismo moderno não é somente limitar o poder estatal, mas fazer com que administração pública declare e garanta direitos fundamentais.

2.1 A participação no direito administrativo

O fato de que o Direito Administrativo já se havia firmado como ramo autônomo desde a Constituição de 1934, não significa que ele não haja sofrido alterações até chegar ao estágio atual. Ele vem passando por toda uma evolução, que acompanha a própria evolução do Estado de Direito, ao longo da história. Essa evolução ocorre de acordo com as alterações constitucionais, que oferecem as referências para o Direito Administrativo.

Se a partir da Constituição de 1891 se instaurou o Estado Liberal de Direito, e com a Constituição de 1934, o Estado Social de Direito, pode-se afirmar que, com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios do Estado Democrático de Direito.

Com a Constituição de 1988, surgem alguns novos institutos no Direito Administrativo, como os Contratos de Gestão, as Organizações Sociais, as Agências Reguladoras

e as Agências Executivas, e mais uma vez, pode-se notar a influência do sistema da *common law* e do direito norte-americano.

É a partir da Constituição de 1988 que os institutos de participação popular ganham forma e substância, embora a participação administrativa já estivesse presente no Direito Administrativo desde o final dos anos 70. Todavia, segundo Baptista (2003), a questão da participação administrativa apresenta alguns problemas. Assim,

Em primeiro lugar encontra-se o perigo do excesso de retórica. É difícil precisar, de fato, em que consiste a participação administrativa. A expressão comporta variados conteúdos. Não raro, todavia – e é nesse ponto que reside o problema –, verifica-se que o tratamento jurídico dispensado à participação administrativa remanesce em um plano abstrato e quase exclusivamente teórico.

Com as inovações da Carta Magna de 1988, no entanto, a participação administrativa consolidou-se como um mecanismo valioso de participação cidadã na Administração Pública, e vislumbra-se, na participação administrativa, mais do que um mecanismo participativo do Estado Democrático de Direito, e principalmente, uma forma de contribuir para a eficiência da gestão pública, garantida pelo controle e fiscalização da população.

Assim, o modelo de democracia participativa surge como um meio capaz de suprir as deficiências do sistema democrático representativo, notadamente no que tange à carência de legitimidade em diversas instituições políticas e sociais. O custo da democracia é justamente aquele derivado do engajamento do maior número de cidadãos.

O cenário de mudanças exige a implementação de novas formas de atuação que podem significar melhoras na atuação administrativa, sem perder de vista a natureza do texto constitucional. Por mais que devam ser perseguidas soluções para a satisfação dos cidadãos, algumas premissas precisam ser observadas.

A primeira premissa é a de que o administrado não pode estar às voltas com várias empresas que se revezam ao longo do tempo. É que as mudanças podem levar à constante substituição das pessoas físicas que executam as tarefas, daí gerando uma descontinuidade na prestação do serviço público, incompatível com o preceito constitucional. A eficiência, prevista pela constituição da República não é alcançada com a mudança desenfreada de pessoas na realização das atividades da Administração Pública.

A segunda premissa tem grande relação com a primeira. A Constituição da República exige a realização de concurso

para o provimento de cargos públicos, ressalvados os cargos comissionados. A Carta Magna dedica alguns dispositivos à funcionalidade da Administração Pública, narrando seus direitos, estabelecendo regras relativas à estabilidade e à aposentadoria, entre outras providências. Para Fortini (2007, p. 04):

Com tais dispositivos, a Constituição da República de 1988 afirmou a importância da massa trabalhadora, responsável pelas atividades estatais. Ao se dedicar à matéria o legislador constituinte acabou por inibir qualquer dúvida quanto à exigência de que as atividades tipicamente estatais sejam desenvolvidas por mão-de-obra cuja relação com o Estado não se estabeleça de forma precária. Aprovados em concurso público, procedimento que visa também atuar o princípio da impessoalidade, os servidores estatutários ocupantes de cargo efetivo e os empregados públicos passam a pertencer ao quadro de profissionais aos quais incumbem tarefas que afetam a coletividade.

É importante deixar claro que, mesmo quando se adota o regime celetista, não se pode falar em precariedade do vínculo, uma vez que a dispensa só pode ser admitida quando é norteadada pelos princípios que regem a atividade administrativa.

Por fim, a terceira premissa é que não se compatibiliza com a Constituição da República a entrega de atividades intimamente ligadas ao Estado a pessoas com as quais este não

mantém vínculo jurídico. Hoje, no entanto, a prática da terceirização tem sido largamente utilizada, e segundo Motta (2007), sob o prisma constitucional, não há impedimento à adoção da terceirização, já que a Constituição da República não distingue os serviços que admitem execução por terceiros, vedando-se ao intérprete fazê-lo.

Há, até, uma tentativa de fuga do Direito Administrativo, em busca de um regime jurídico mais flexível. Com isso, acabam surgindo institutos paralelos, por vezes de legalidade e moralidade duvidosa, como é o caso das fundações de apoio às entidades públicas.

Contudo, conforme Baptista (2003, p. 141) afirma:

O Brasil, revelando um descompasso com as experiências europeias, sequer chegou à fase de euforia com a participação administrativa. O conservadorismo predominante, por ora, não tem permitido mais do que um namoro discreto com as formas de democracia participativa, em muito estimulado pelos esforços teóricos dos estudiosos.

Em virtude disso, e em razão de a participação cidadã ter sido inserida em nosso ordenamento jurídico, mediante dispositivos constitucionais, e outras normas, ela reclama um conteúdo jurídico que deve ser devidamente estudado e delimitado.

Em suma, é possível dizer que o Direito Administrativo vem evoluindo ao longo dos tempos, e que hoje se procura atrair e incentivar o particular a participar da proteção do interesse público. Para isso, substituiu-se, ainda que parcialmente, o autoritarismo das decisões unilaterais por formas variadas de parceria com o particular, de sorte que diminuíram as formas diretas de gestão do serviço público pela própria administração.

3. Os institutos de participação popular na administração pública: a doutrina estrangeira e a doutrina brasileira

A participação popular se apresenta de diversas formas, as quais são denominadas de tipos ou institutos de participação. São vários os autores que tratam desse tema, e todos apresentam pontos de vista diferentes entre si. Essas diferenças são especialmente marcantes quando se compara a doutrina estrangeira com a brasileira. Compreende-se, assim, que a doutrina estrangeira de participação não pode ser automaticamente implantada no Brasil, já que aqui existe uma estruturação estatal com características diferentes das encontrada nos países europeus.

É preciso analisar os tipos de participação popular, con-

siderando as diferenças entre a doutrina estrangeira, sobretudo a europeia, e a brasileira. Faz-se necessário, ainda, lembrar que não se deve considerar toda e qualquer interferência de particulares no curso da função pública, como forma de participação popular administrativa. Para Modesto (2002, p. 02):

Para qualificar o que seja participação popular interessa distinguir, por exemplo, a participação relacionada à garantia de situações individuais da participação ocupada com garantia da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência da gestão da coisa pública. É necessário também excluir do rol das formas de participação popular a simples incorporação profissional e individual do cidadão, mediante concurso público, aos quadros funcionais do Estado. Parece necessário ainda, em termos explícitos, recusar a qualificação de participação cidadã a atividades compulsórias, distanciadas de qualquer manifestação autêntica da sociedade civil, como o serviço militar obrigatório.

Diante da dificuldade na objetivação do tema, torna-se obrigatório e urgente refletir sobre as formas de participação cidadã na Administração Pública, uma vez que a participação popular tem sido, entre nós, apenas um discurso, não se transformando, de forma relevante, em ações efetivas. Sobre o tema, há abundante literatura ocupada em classificar os tipos ou institutos de participação, tanto no Brasil

quanto no exterior. Dos autores estrangeiros que tratam da temática, destacam-se o constitucionalista Canotilho e o administrativista David Duarte.

Canotilho (1996, p. 448) classifica os institutos de participação pelo critério da diferença de intensidade na dimensão participativa. Para o autor, são três os tipos de participação: a participação não vinculante; a participação vinculante e a participação vinculante e autônoma.

De acordo com a classificação desse autor, a participação não vinculante consiste na participação apenas por meio de informações, exposições, propostas e protestos. Já na participação vinculante, a atuação popular se dá na própria tomada de decisão. Por último, a participação vinculante e autônoma se configura em casos de autogestão, em que haveria uma substituição do poder de direção da Administração. Esse tipo de participação pode ser facilmente notado em organizações sócias, ONG's e entidades de utilidade pública.

David Duarte (1996), por sua vez, apresenta outros três tipos de participação administrativa: a participação interna; a participação externa e a participação interorgânica ou inter-subjetiva.

Segundo esse autor português, o primeiro tipo de parti-

cipação é aquele que se desenvolve no interior da própria organização administrativa, por meio da intervenção dos funcionários administrativos no processo de tomada das decisões internas, ou da sua integração na busca dos seus interesses junto aos órgãos de gestão.

O segundo tipo se materializa na intervenção individual e de grupos sociais, não diretamente ligados à organização administrativa, nas atividades e decisões da Administração Pública. A participação externa, segundo o autor, divide-se em cinco outros tipos: a participação pericial; defesa procedimental; participação procedimental; participação orgânica e participação direta, as quais não se fazem necessário esmiuçar no escopo desse artigo.

O terceiro instituto de participação, ainda segundo David Duarte (1996), é a interorgânica ou intersubjetiva, e que implica uma relação de interação nos procedimentos de órgãos e grupos de pessoas públicas, a fim de intervirem na organização da Administração Pública.

No Brasil, os principais autores que se dispuseram a classificar os tipos de participação popular na Administração Pública foram Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Como ocorre entre os autores europeus, assim os autores brasileiros apresentam diver-

gências quanto aos tipos de participação popular na Administração Pública.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 709), os institutos da participação na Administração Pública são apenas dois: a participação direta e a participação indireta. Para ela, a participação direta se caracteriza pelo direito de ser ouvido. Esse tipo de participação geralmente se efetiva em formas de enquetes e consultas, ao passo que a participação indireta se efetiva por meio da participação em órgãos de consulta, em órgãos de decisão, e por meio do Poder Judiciário, o que, nesse último caso, acaba por descaracterizar o caráter de participação popular.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 720), por sua vez, identifica treze tipos de participação popular na Administração Pública: representação política; plebiscito; coleta de opinião; debate público; audiência pública; colegiado público; cogestão paraestatal; assessoria externa; delegação atípica; provocação de inquérito civil; denúncia aos tribunais ou conselho de contas; e reclamação relativa à prestação de serviços públicos.

Alguns dos institutos apresentados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto não têm natureza estritamente administrativa; uns por possuírem desdobramentos no âmbito do

Poder Legislativo e Judiciário, e outros por serem institutos considerados autônomos em relação aos institutos de participação popular, o que lhes tira o caráter de coletividade de que trata Modesto, ao falar da participação administrativa:

A participação administrativa, ou a participação no âmbito da administração pública, considerando este sentido amplo, corresponde a todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado. Mas participação popular na administração pública é conceito necessariamente mais restrito: trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo. (MODESTO, 2002, p. 01)

De qualquer forma, percebe-se que não há um consenso entre os autores em relação à classificação dos tipos de participação, sobretudo entre os autores estrangeiros e os brasileiros, por conta das diferenças de estruturação estatal entre o Brasil e outros países do mundo, notadamente os europeus. Mas, ainda assim, é possível absorver, da doutrina estrangeira, algumas lições que podem ser incorporadas à doutrina brasileira, como também é verdade que a doutrina nacional apresenta significativas

contribuições a respeito dos institutos de participação popular na Administração Pública.

4. As novas tecnologias como ferramentas da participação popular na administração pública

Com o advento das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs), abriram-se novas possibilidades de se transmitir a informação de uma maneira muito mais rápida e abrangente, o que representa, sem nenhuma dúvida, um grande avanço para a comunicação. Permitindo o rápido acesso à informação, as novas tecnologias podem se transformar em importantes ferramentas de participação cidadã na Administração Pública. Segundo Limberger e Saldanha (2012, p. 221),

O progresso tecnológico e o direito à informação vão trazer implicações no mundo jurídico em muitos aspectos; *in casu*, o uso das novas tecnologias vai propiciar uma maneira diferente de publicizar os atos da administração, tornando-os mais acessíveis à população.

As Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) podem tornar concreto um dos princípios que, segundo Bobbio (1986), constitui um dos princípios da democracia,

o que é a publicização do Poder (poder em público, à vista de todos).

Nesse sentido, a internet é, atualmente, a ferramenta mais democrática em termos de disseminação de informações, inclusive as referentes à Administração Pública. Praticamente todos os órgãos públicos têm um endereço na rede mundial de computadores (WEB), em que disponibilizam, com certa regularidade, diversas informações sobre os atos administrativos, as planilhas orçamentárias, as prestações de contas, os editais de licitações, etc.

A internet vem alterando paulatinamente o clássico conceito de território, contribuindo de forma significativa para a superação das limitações geográficas, que desaparecem no *cíber* espaço. Desta forma, começa a surgir uma nova concepção de cidadania, não fundada no pertencimento exclusivo a uma comunidade ou território, para uma cidadania em diversos âmbitos. Seja em âmbito local, regional, nacional ou global, são vários os mecanismos de acompanhamento e intervenção popular, por meio da internet.

Podemos citar como um desses mecanismos de participação, o “Portal da Câmara dos Deputados”, que constitui um espaço que permite à população acompanhar a atividade legislativa dos parlamentares, como também fiscalizá-la, para

que os recursos públicos sejam, cada vez mais, empregados em prol do interesse público.

Outro exemplo é o “Portal da transparência”, no qual a população tem a possibilidade de investigar as contas prestadas pelos políticos, podendo também apurar possíveis irregularidades e efetuar denúncias à Justiça Eleitoral. Segundo Rodegheri e Oliveira (2013, p. 10):

Uma das formas de intensificação deste controle é a aprovação da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), em que qualquer pessoa pode ter acesso a documentos e informações sob a guarda dos órgãos públicos, em todos os poderes e níveis de governo. Dentre os princípios norteadores da lei está a publicidade e a transparência das informações como a regra e, o sigilo, a exceção, bem como que a informação deve ser repassada de forma ágil, transparente e com fácil compreensão. Além de regulamentar a forma e os prazos para os pedidos e atendimentos às solicitações, a Lei também prevê que a Administração Pública deve promover, por conta própria, a divulgação das informações, independentemente de requisição dos cidadãos.

É inegável que essa forma de participação e de controle social está diretamente relacionada à utilização, cada vez maior, da internet, que tem se mostrado um importante espaço para a comunicação transparente, não somente em nível local,

senão também em todos os níveis da Administração Pública. Assim, pode-se dizer que a internet proporcionou, e tem proporcionado, uma verdadeira revolução no acesso às informações e serviços da Administração Pública, uma vez que permite ao cidadão comum “[...] poder difundir informações e reivindicações sem mediação, com o objetivo de buscar apoio e mobilização para uma causa; criar espaços de discussão e troca de informação; organizar e mobilizar indivíduos para ações e protestos on-line e off-line” (RIGITANO, 2013, p. 03).

A verdade é que a internet passou, ao longo dos anos, a ser considerada local de encontro, debate e engajamento em defesa de movimentos sociais e políticos. Ela chegou a esse status devido às facilidades oferecidas, como por exemplo, a velocidade na transmissão de dados e a facilidade do seu uso. Em países como o Brasil, em que, consideradas as exceções, grande parte da população tem acesso às novas tecnologias, a internet pode ser analisada, se não a mais importante, pelo menos uma das principais formas de participação cidadã na vida política do país e, por consequência na Administração Pública.

Em decorrência da existência desse espaço, tão abrangente, de comunicação, hoje podemos tratar dos mais variados aspectos relacionados ao processo democrático, inclusive

aqueles não diretamente relacionados aos interesses econômicos e políticos, como os aspectos organizacionais e de tomadas de decisão, no âmbito da Administração Pública, em qualquer esfera de poder. Por essa razão, Perez Luño acredita no surgimento de um conceito de cidadania multilateral, uma vez que, segundo ele, por muito tempo o uso do termo cidadania fazia referência, apenas, ao vínculo entre o indivíduo e o Estado, constituindo-se, pois, uma relação unilateral, abrangente de toda a atividade política apenas entre tais sujeitos. “Atualmente, no entanto, é possível admitir a existência de uma pluralidade de cidadanias, tratando-se de uma cidadania multilateral, global e universal, principalmente em decorrência dos fenômenos da supra e da infra-estatalidade”. (PÉREZ-LUÑO, 2004, p. 22)

Tudo isso decorre do surgimento das novas tecnologias, que estão cada vez mais interligando os sujeitos, criando possibilidades de aprendizagem, trocas de informações, colaboração e engajamento em causas públicas, além de possibilitarem aos cidadãos a participação nas tomadas de decisão em questões em defesa da sua própria cidadania e de ações que envolvem interesses democráticos.

É importante ressaltar que, apenas a adoção dos mecanismos propiciados pela internet, não é capaz de garantir uma participação popular fundada nos valores e preceitos do pro-

cesso democrático, dado que as decisões, na maioria dos casos, são tomadas por uma minoria, com base em interesses econômicos e políticos, às vezes, até, de natureza pessoal. Rodegheri e Oliveira (2013, p. 15-16) consideram que:

Para a construção deste novo espaço público online, pressupõe-se a existência de três elementos essenciais: a inclusão, a transparência e a universalidade. A premissa de que o ciberespaço é muito mais inclusivo do que os outros meios de comunicação baseia-se no potencial de livre manifestação do pensamento que os indivíduos, grupos, instituições e comunidades possuem ao utilizar a Internet. Esta característica advém, também, da grande quantidade de informações disponíveis na web que são, muitas vezes, criadas pelos próprios usuários ao depararem-se com assuntos de seu interesse, mediante a manifestação de opiniões, publicação de dados e engajamento de outros cidadãos. [...] O segundo elemento, relacionado à transparência, prima pelo acesso a mais informações, por vezes sigilosas ou inacessíveis, e poderá fazer com que os internautas se revelem. [...] o princípio da universalidade da Internet resulta do fato dela ser o primeiro e único sistema de comunicação multimídia interativo e sem fronteiras territoriais, linguísticas ou temporais, motivo pelo qual esta nova esfera pública necessita transformar o cidadão bem informado, produtor de informação e constantemente conectado à Internet em um cibercidadão ativista, engajado nas ações pela transformação dos antigos espa-

ços em locais públicos de memórias ativas e de vínculos comunitários.

O maior desafio consiste em efetivar, principalmente, os sentidos de inclusão e universalidade, considerando-se que, no Brasil, o acesso à internet ainda é deficiente e concentrado em classes de condições econômicas mais favoráveis.

O tema da participação popular na Administração Pública não é inédito na história, tanto em âmbito global quanto nacional; mas, diante das múltiplas inovações tecnológicas que têm surgido nas últimas décadas, surgem cada vez mais mecanismos que possibilitam o acompanhamento e a intervenção da população nas atividades da Administração Pública. A efetiva utilização de tais mecanismos contribuirá, portanto, para a constituição de um país pautado verdadeiramente nos princípios da participação democrática.

5. Considerações finais

O Brasil, Estado democrático de Direito, assegura no seu ordenamento jurídico a prerrogativa do controle social do Estado pela população, haja vista o princípio de que o poder emana do povo, que o exerce através de representantes ou de forma direta.

Nesse sentido, a participação cidadã não se restringe à escolha dos gestores. O princípio constitucional garante que, quando de interesse coletivo, os indivíduos podem se associar e exercer ação fiscalizadora em relação à Administração Pública, inclusive fazendo pressão para que direitos sejam garantidos e respeitados.

Esta não é apenas uma garantia formal. O princípio constitucional da participação popular é uma prerrogativa do Estado Democrático de Direito, dado que sua finalidade é o aperfeiçoamento da democracia, visto postular o equilíbrio (ao menos teórico) entre a representatividade e a ação direta dos cidadãos.

Dessa forma, a participação é um direito inerente à cidadania e constitui instrumento fundamental para a fiscalização da Administração Pública e, quando necessário, a intervenção nesta, a partir das prerrogativas legais disponíveis.

Pela participação, a população (de forma direta ou por representantes) pode exercer um poder regulador sobre a Administração Pública, garantindo que os gestores cumpram suas atribuições, e que atuem em proveito público.

Além da participação direta (ir às assembleias, votações, sede da administração, etc.), há formas de exercício da cidadania participativa que estão ao alcance de praticamente qualquer

pessoa, exceto as que não têm acesso ao mínimo de condições de vida. Trata-se das ferramentas possibilitadas pelas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs).

Essas tecnologias revolucionaram a maneira como as pessoas interagem socialmente, inclusive na esfera da Administração Pública, haja vista que permitem ao cidadão acompanhar (até diariamente) e fiscalizar os atos administrativos das instituições e dos gestores públicos.

É do seio das novas tecnologias da informação que surge, portanto, o conceito de *cibercidadania*, ou seja, a possibilidade de as pessoas participarem da Administração Pública, a partir das ferramentas da Internet, como os sites de prestação de contas, os fóruns de discussão de temas sociais e políticos, os sites de petição online (abaixo assinados), entre outros.

Diretamente ou por meios informáticos, a participação é fundamental à democracia. Dessa maneira, o princípio da participação popular torna-se um importante instrumento para a consolidação da gestão pública eficiente. Daí que a participação cidadã representa, a consolidação da democracia, já que permite o controle da Administração Pública pela própria população.

Referências

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. - 3ª ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. — Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOMBARDELLI, Marco. **Decisioni e Pubblica Amministrazioni. La determinazione Procedimentale dell'Interesse Pubblico**. Torino: G. Giappichelli, 1996.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de direito constitucional**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. 1.ed. São Paulo: ed. Moderna 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 Anos de direito administrativo brasileiro**.

Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10,

janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

Acesso: 23 de fevereiro de 2016.

DUARTE, David. ***Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório.*** Coimbra, Ed. Almedina, 1996.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FORTINI, Cristina. O perfil do Direito Administrativo Atual e o Emprego da Terceirização pela Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.º. 8, janeiro/fevereiro 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I/ Jürgen Habermas; tradução Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

HABERMAS, Jürgen: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. 3. ed. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Curso de Direito Administrativo - Diogo de Figueiredo.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cibercidadania no mundo globalizado: o desafio das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas**, 2012. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?q=http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr15.pdf&sa=U&ved=0ahUKEwik-v7u0oTLAhVIOyYKHUxBDEMqFggLMAA&usg=AFQjCNGNrSgGoWQSFFQS6qBhenSU-cXCiw>. Acesso: 19 fev. 2016.

MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública**. Mecanismos de operacionalização. SADireito, 4 fev. 2002. Disponível em: www.sadireito.com.br/index.asp?Ir=area.asp&area=5&texto=416. Acesso em: 16 fev. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro, Renovar, 1992.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Terceirização- Serviços Jurídicos- Cadastramento- Inexigibilidade de procedimento licitatório- Boletim de Licitações e Contratos, p. 231-244, maio/jun, 2007.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?** Barcelona:

Editorial Gedisa, S.A, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: fórum, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIGITANO, Maria Eugênia. **Redes e ciberativismo**: notas para uma análise do centro de mídia independente. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/rigitano-eugenia-redes-eciberativismo.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

RODEGHERI, Letícia Bodanese; OLIVEIRA, Rafael Santos de. **As potencialidades de participação popular na internet**: análise do portal da câmara dos deputados, 2013. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?q=http://www.publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3D67ff32d40fb51f1a&sa=U&ved=0ahUKEwjwu9-i0oTLAhVMTcYKHVshBAoQFggLMAA&usg=AFQjCNE6n9coDVePdR3HgR8m0CMW1b8dpA>>. Acesso: 19 fev. 2016.

CAPÍTULO 4

LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO
DO PENSAMENTO,
DEMOCRACIA E
DESENVOLVIMENTO

MORTON LUIZ FARIA DE MEDEIROS

1. **Introdução**

Quando se inicia qualquer estudo em torno da compreensão do direito à liberdade de manifestação do pensamento, contata-se sua vinculação, quase instantânea e natural, ao regime democrático, numa relação de implicação recíproca, parecendo apontar que não há democracia sem a livre manifestação de pensamento, nem tampouco se admite essa liberdade em regime outro que não o democrático.

O mesmo não sucede, porém, quando se aproximam tal direito à liberdade e a noção tradicional de desenvolvimento, amiúde compreendido em sua faceta simplesmente econômica – a ponto de se supor que a garantia desse direito pode colocar em risco o próprio desenvolvimento.

Eis, portanto, o maior desafio deste trabalho: identificar as relações existentes entre a livre manifestação de pensamento e o mais atual sentido de desenvolvimento. Para tanto,

partir-se-á da – mais clara – vinculação da primeira com a democracia, depois buscando nestes elementos fundantes do desenvolvimento, para concluir se há, de fato, implicações entre tal liberdade e o desenvolvimento.

Considerando esse propósito explícito, não se pode furtar da criteriosa análise de dois dos mais influentes estudos do economista indiano Amartya Sen, em que procurou desenvolver a ideia de *desenvolvimento como liberdade*, razão que o eleva a principal marco teórico deste trabalho.

2. Liberdade de manifestação do pensamento e democracia

A manifestação do pensamento consiste na exteriorização, por qualquer meio, do produto dos processos mentais humanos construído em torno de ideias. É o direito “de externar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa”, nas palavras de CUNHA JÚNIOR (2012, p. 705). Por trás dessa singela definição, quase intuitiva, repousa séria divergência doutrinária, normativa e jurisprudencial, como será demonstrado abaixo.

A Constituição da República brasileira de 1988, rompendo com a maioria de suas antecessoras, dividiu em incisos

apartados a *liberdade de manifestação do pensamento* (inciso IV) e a *liberdade de expressão* (inciso IX), cingindo esta à defesa da “[...] atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” e, ainda, no art. 220, repartiu: a) manifestação do pensamento; b) criação; c) expressão; e d) informação. Por outro lado, as Constituições de 1946 (art. 141, § 5.º), 1937 (art. 122, 15), 1934 (art. 113, 9), 1891 (art. 72, § 12) e 1824 (art. 179, IV) aludiam, no mesmo *topos*, apenas à *liberdade de manifestação do pensamento*. Por seu turno, a Constituição de 1967/1969 (art. 150, § 8.º, e art. 153, § 8.º, respectivamente), conquanto se referisse a *liberdade de manifestação do pensamento*, *liberdade de convicção política ou filosófica* e a *liberdade de prestação de informação*, as garantiu em um mesmo parágrafo. Afinal, há motivos para uma compartimentação conceitual, ou essa é mais uma prova do cuidado excessivo de nosso constituinte em edificar uma Constituição coalhada de direitos e garantias, e que rompesse, definitivamente, com o período ditatorial instalado em 1964 – mesmo correndo o risco de parecer verborrágico?

Primeiramente, há de se reconhecer que o termo *liberdade de expressão* tem figurado como preferido na maioria dos atos normativos e decisões referentes aos direitos humanos, aqui e alhures, desde as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX. Destarte, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 19), de 1966, estatui que a *liberdade de expressão*

“[...] compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem consideração de fronteiras”, do mesmo modo como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 10), adotando sentido amplo da *liberdade de expressão*, de modo a englobar a *liberdade de prestar informação* e a *liberdade de manifestação do pensamento*, uma vez que compreende a difusão de *ideias*.

Não obstante, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (art. 11), de 1789, aludia à “livre comunicação de pensamentos e das opiniões” (distinção entre pensamento e opinião); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), de 1948, conclama à proteção “da liberdade de opinião e expressão” (distinção entre expressão e opinião); e, mais recentemente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 13), de 1969, estabelece, distintamente, a *liberdade de pensamento* e a *liberdade de expressão*, malgrado veja este compreendendo “[...] a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole sem consideração de fronteiras”, numa redação bem próxima às dos textos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Por toda essa imprecisão é que também os teóricos dos direitos humanos e as decisões que visam à proteção destes também não confluem para uma categórica definição con-

ceitual. Por vezes, filiam-se à maior amplitude do termo *liberdade de expressão*, como se vê em VILLANUEVA (1998, p. 23): “La expresión es la forma a través de la cual la persona exterioriza sus pensamientos en signos, en palabras o gestos que tengan como propósito comunicar algo.”

A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica¹. Segundo ROJAS (2005, p. 137):

Esta libertad [de expresión] presenta un abanico de derivaciones: a) Libertad de expresar ideas u opiniones; b) Libertad de informar sobre acontecimientos de la realidad; c) Libertad de difundir dichas ideas, opiniones o informaciones a través de la prensa; d) El derecho a exigir al gobierno información sobre sus actos.²

Em contrapartida, há quem desloque essa característica de maior abrangência para a *manifestação do pensamento*, mais consentâneo com o sentido adotado neste artigo. Manifestar o pensamento, portanto, é externar qualquer produção intelectual, é vir “[...] a público para tecer uma consideração que corresponde a uma cosmovisão ou mundividência, ao

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 83.125, Brasília, DF, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 07-11-03.

2 , p. 137.

modo peculiar de ver a vida, os fatos, as pessoas, as ideias”³. Por isso é enxergado por SILVA (1994, p. 221) como “um dos aspectos externos da liberdade de opinião”. No mesmo sentido, CUNHA JÚNIOR (2012, p. 704) defende que a *liberdade de manifestação do pensamento*:

É o direito de exprimir o que se pensa. É a liberdade de expressar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa. [...] constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica.

Por tudo isso é que se tem defendido, com cada vez maior aceitação, que a *liberdade de manifestação do pensamento* possui dois aspectos – um individual e outro público. Em recente caso submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Kimel vs. Argentina)⁴, esta corte corroborou essa bifurcação, assinalando uma dimensão individual e outra social a tal liberdade⁵, ao expressar que

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.405, Brasília, DF, voto do Min. Carlos Britto. DJe de 28-05-10.

4 “El 10 de septiembre, con la llegada al país de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en conmemoración del 30.º aniversario de su primera visita *in loco* a la Argentina, el Poder Ejecutivo dio a conocer su decisión de enviar al Congreso un conjunto de proyectos de ley vinculados con obligaciones provenientes de decisiones del Sistema Interamericano”, entre eles o do caso Kimel. (DERECHOS humanos en Argentina; Informe 2010. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 317).

5 É de se notar que a decisão desta Corte alude às duas

quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”⁶.

Nas palavras de SOUZA (2013, p. 168), no seu aspecto individual,

de carácter predominantemente subjetivo, a liberdade de manifestação do pensamento é considerada como uma decorrência da autonomia pessoal, constituindo projeção da dignidade da pessoa humana, que, por meio da livre expressão e comunicação de ideias, desenvolve sua personalidade.

dimensões da *liberdade de expressão*, contrariamente ao defendido neste trabalho. No entanto, um simples olhar para o teor da decisão permite inferir que ela em nada mais se contrapõe ao aqui pugnado.

6 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimmel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, San Jose da Costa Rica. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, p. 15.

Assim, pode-se equiparar o aspecto individual da *liberdade de manifestação do pensamento* à *liberdade de expressão*, que, segundo BRAGA (2008, p. 3) “[...] está vinculado a la estructura de la persona humana que, en su convivencia, necesita de la comunicación como medio de realización de su persona, por la vía de comunicación de la palabra en sus diferentes situaciones.” Nesse diapasão é que se aponta a Primeira Emenda à Constituição estadunidense, que garante a *liberdade de expressão*, direito mais litigado na história desta Constituição⁷, segundo avaliação de DOUZINAS (2009, p. 123), “[...] como una coraza para proteger al orador individual de la posibilidad de ser silenciado por el Estado”, como lembrado por FISS (2010, p. 11).

Por seu turno, a dimensão pública ou social da *liberdade de manifestação do pensamento*, de feição prevalentemente objetiva, para SOUZA (2013, p. 168)

é reputada como essencial elemento da democracia, pois a livre expressão e comunicação de ideias cumpre uma função informativa, possibilitando um melhor conhecimento dos assuntos de relevância coletiva ou comunitária, bem como uma função crítica, assegurando melhores condições de avaliação do poder, especialmente do poder político.

7 Ainda assim, sublinha este jurista que a Primeira Emenda “teria de esperar até 1919 para seu primeiro aparecimento diante da Suprema Corte”, exatamente o caso *Schenck v. United States*, 249 US 47”.

Nesse ponto, cumpre dar atenção à adoção de uma terceira expressão linguística, comumente associada à dimensão social da *liberdade de manifestação do pensamento: liberdade de prestar informação*. As Constituições portuguesa (art. 37.º, 1) e chilena (art. 19, § 12.º) preveem a distinção.

Em decorrência do até aqui expendido, pode-se concluir que o direito fundamental de *liberdade de manifestação do pensamento* possui uma dimensão individual – a *liberdade de expressão* – e outra social – a *liberdade de prestação de informação*. A partir dessa compreensão, podem-se extrair importantes efeitos práticos, como o de enxergar, no ordenamento jurídico brasileiro, a vedação ao anonimato aplicável a ambas as dimensões da *liberdade de manifestação do pensamento*, conquanto não esteja expresso esse atrelamento no texto constitucional.

A liberdade de manifestação do pensamento aparece, assim, estreitamente vinculada ao exercício da cidadania democrática, uma vez que, conforme RAWLS (2008, p. 277), o “[...] regime democrático é algo que pressupõe a liberdade de expressão e de reunião e liberdade de consciência e pensamento”, ou, nas palavras de SORTO (2011, p. 103), “[...] a cidadania não existe sem a liberdade”.

Essa vinculação parece indiscutível diante da nova com-

preensão do sentido de *democracia*, que longe de colher sua perenidade e segurança no assentimento unísono das ordens políticas superiores, busca no incessante questionar de rumos sua mais importante nota de legitimidade. Desarte, quando SEN (2011, p. 358) apresenta a democracia como o “governo por meio do debate”, está sendo fiel a essa nova compreensão conceitual, atrelando-a à “[...] participação política, o diálogo e a interação pública” (SEN, 2011, p. 360).

Com isso, torna-se inegável o papel da salvaguarda da liberdade de manifestação do pensamento para a consolidação da democracia: à medida que esta requer a ampliação do espaço público de discussão como instrumento de aferição de sua legitimidade, muito mais do que apenas confiante nas eleições episódicas – critério procedimental de legitimidade – reclama uma participação efetiva dos que dela desfrutam na ocupação desse espaço público, impossível de ser imaginada se diminuída a liberdade de manifestação do pensamento – concepção material de legitimidade. Nessa ocupação, quando assomam as discussões e as interações públicas, é que emergem os valores e comprometimentos comuns (SEN, 2000, p. 288).

3. **Democracia e desenvolvimento**

A compreensão mais usual de desenvolvimento geralmente o vincula a critérios econômicos mais objetivamente mensuráveis, como o Produto Interno Bruto, a renda *per capita* e quejandos. Nesse diapasão, lembra SEN (2000, p. 30) quão frequente é a associação de sistemas políticos mais autoritários (com negação de direitos civis e políticos básicos) à promoção do desenvolvimento econômico, fenômeno que acabou por ser denominado como “tese de Lee”, em alusão às ideias defendidas pelo ex-primeiro-ministro de Cingapura, Lee Yuan Yew. Em suma, apontava-se para os exemplos colhidos em países do sudeste asiático – e mesmo para a experiência brasileira do regime militar, principalmente na década de 1970 – para se chegar à conclusão de que não se poderia buscar o desenvolvimento econômico e a democracia ao mesmo tempo.

Amartya Sen (2000, p. 23), porém, pretende cunhar uma nova compreensão de desenvolvimento, “[...] como um processo integrado de expansão de liberdades substantivas interligadas”, para a qual os referidos critérios econômicos importam, mas não se mostram bastantes. Deveras, abandona a defesa tradicional do desenvolvimento desequilibrado, desigual, sinônimo de crescimento econômico, para se aproximar do conceito de desenvolvimento social

ou sustentável, na nomenclatura hoje em voga nos debates políticos em todo o mundo. Tanto é assim que a Resolução n.º 41/128, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, pressupunha o desenvolvimento como “[...] um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”.

Nesse âmbito é que se justifica, por exemplo, a preocupação expressa na Constituição da República brasileira de garantir uma política de desenvolvimento urbano que ordene o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garanta o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*), ou de dirigir o sistema financeiro nacional à promoção do desenvolvimento *equilibrado* do país, de modo a “[...] servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem” (art. 192, *caput*).

Seguindo essa nova acepção de desenvolvimento, portanto, faz-se mais necessária a participação popular no espaço de discussão pública e, conseqüentemente, na condução das políticas econômicas pelo Estado. Essa é a justificativa, para Amartya SEN (2000, p. 30), para jamais ter ocorrido fome

coletiva, em toda a história, em uma democracia efetiva. Explica ele que, se fosse simplesmente confundida a democracia com o “governo da maioria”, essa constatação não seria tão inexorável, já que a proporção da população afetada ou ameaçada por uma fome coletiva quase nunca é superior a dez por cento da população total do Estado. O que, de fato, impede que tamanho infortúnio ocorra em uma democracia é “[...] o alcance da argumentação pública, que mobiliza e ativa uma grande parte do público em geral para protestar e clamar contra a ‘indiferença’ do governo e para tentar derrubá-lo”, concluindo que uma das conquistas da democracia é, precisamente, “[...] sua capacidade de fazer com que as pessoas se interessem, através de discussão pública, pelas dificuldades dos demais e tenham uma melhor compreensão das vidas alheias” (SEN, 2011, p. 378). Não por acaso, portanto, CECATO (2012, p. 37) identifica a “[...] relação entre desenvolvimento e cobertura das negociações coletivas” dos trabalhadores, concluindo que quanto maior é a participação destes no diálogo social – aspecto da democracia – mais firmemente se assegura o desenvolvimento em sua atual acepção.

Desse modo, deixa-se de considerar o desenvolvimento apenas em seu viés econômico (direito econômico *do* desenvolvimento), para inseri-lo no contexto mais abrangente dos direitos humanos (direito humano *ao* desenvolvimen-

to), segundo distinção firmada por FEITOSA (2012, p. 45). Não obstante, pela própria amplitude da abrangência desse direito, os países ocidentais, em especial, têm-no visto com ceticismo, tanto que os Estados Unidos da América, apenas em 1993, por ocasião da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, reconheceram um direito *ao* desenvolvimento (TOMUSCHAT, 2008, p. 55).

4. **Liberdade de manifestação do pensamento e desenvolvimento**

O enriquecimento do conceito de desenvolvimento, como visto, possibilitou fugir de seu enquadramento apenas como direito econômico e, com isso, também depurou-o dos vícios impostos pela visão da Economia afastada “[...] do enfoque do valor das liberdades em favor do valor das utilidades, rendas e riquezas” (SEN, 2000, p. 42). Em outras palavras, restaurou à liberdade, tão cara à própria construção democrática, a dignidade já aventada pelos teóricos do liberalismo clássico. É preciso, no entanto, avaliar se a liberdade constitui tão somente um *instrumento* para se alcançar o desenvolvimento, ou, na mesma medida, também sua *finalidade* última.

Primeiramente, parece inegável a identificação da liberdade

como meio de se alcançar o desenvolvimento – principalmente se considerada sua mais atual concepção. Amartya SEN (2000, p. 24) aponta a liberdade de transações econômicas como “[...] um grande motor do crescimento econômico”, citando o exemplo do Japão, que tirou proveito de seus destacados recursos humanos (como a elevada taxa de alfabetização desde o século XIX) para alavancar seu desenvolvimento econômico (SEN, 2000, p. 58). Assim, este país criou *oportunidades sociais* – uma das cinco *liberdades instrumentais* apontadas por Sen – com repercussão na “[...] liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor” (SEN, 2000, p. 56).

Não obstante, é preciso encarar a liberdade também em seu aspecto *constitutivo* do desenvolvimento, evitando-se a frequente convocação de economistas que praguejam contra programas sociais e políticas públicas, antes da consolidação do crescimento econômico – para eles, este deve preceder os avanços sociais, como a considerar que as liberdades só se apresentam como *meios* para se alcançar o desenvolvimento.

Contrapondo-se a esse entendimento, SEN (2000, p. 19) considera a liberdade como o principal *fim* do desenvolvimento, para cuja compreensão não se deve considerar apenas a importância das liberdades a partir “[...] de sua contri-

buição indireta a *outras* características de desenvolvimento (como o crescimento do PNB ou a promoção da industrialização)”, mas como elemento *constitutivo* do enriquecimento do processo de desenvolvimento (SEN, 2000, p. 53).

Nesse ponto, evidencia-se a aproximação entre a liberdade de manifestação de pensamento (como espécie das liberdades políticas) e o desenvolvimento, porquanto as liberdades políticas ajudam a *promover* a segurança econômica – não sendo apenas *dependente* dela. Tanto é assim que há países que tiveram incremento na qualidade de vida mesmo sem crescimento econômico, comprovando que é preferível investir na promoção de liberdades, a partir do custeio público, a esperar que um país venha a se tornar muito rico primeiro (SEN, 2000, p. 66). Em contrapartida, o Brasil da década de 1980 assistiu ao abandono, por parte do Estado, de verdadeira política nacional de desenvolvimento, limitando-se a política econômica, como denuncia BERCOVICI (2005, p. 60), “[...] à gestão de curtíssimo prazo dos vários ‘planos’ de estabilização econômica”.

Segundo Amartya SEN (2011, p. 369), há uma contribuição *direta* da liberdade de manifestação do pensamento para a qualidade de vida de quem a desfruta, primeiro porque permite-se extravasar ao homem seu desejo inato de se comunicar com os demais e compreender o mundo em que

se encontra inserido, segundo porque essa abertura influi positivamente na formação dos valores na sociedade, construídos a partir da discussão pública (SEN, 2011, p. 370).

Desse modo, as liberdades políticas em geral – e a liberdade de manifestação do pensamento em particular – exercem grande influência não somente na indução de respostas sociais a necessidades econômicas, como também na *conceituação* das próprias necessidades econômicas (SEN, 2000, p. 182).

5. Liberdade de provocação de autoridade pública sobre atentados aos direitos humanos e desenvolvimento

Os argumentos até aqui esposados se mostram bastantes para afastar, em certa medida, a ideia de que as liberdades ditas *individuais* não exercem (ou recebem) qualquer influência na (ou da) esfera coletiva da sociedade: sendo elas corolários da própria democracia, e pressupondo o alargamento do espaço de discussão pública, têm repercussão direta no bem-estar de todos os conviventes neste espaço.

Uma vez que o homem se encontra inserido em uma sociedade, por sua incontestável natureza gregária, sua liberda-

de de manifestação de pensamento deixa de ser um direito meramente egoístico, invocado para dar vazão a interesses individuais, particulares, para reclamar uma *responsabilidade*, dirigida a toda esta sociedade, responsabilidade esta que amiúde se expressa em favor de outra pessoa ou grupo de pessoas.

Eis a razão de Amartya Sen encarar a liberdade individual como verdadeiro *comprometimento social*, partindo da distinção entre simples *simpatia*, atrelada “[...] à noção do bem-estar amplamente definido do próprio indivíduo”, do *comprometimento*, quando se está disposto, inclusive, “[...] a fazer sacrifícios para promover outros valores, como justiça social, nacionalismo ou bem-estar da comunidade (mesmo a um certo custo pessoal)” (SEN, 2000, p. 306).

Isso implica em reconhecer que, na medida em que a liberdade individual – e, particularmente para o objeto deste trabalho, a liberdade de manifestação de pensamento – exige de seu detentor o “olhar para o outro”, cumpre o relevante papel de melhorar “[...] o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento” (SEN, 2000, p. 33).

Como o direito ao desenvolvimento se enquadra no rol dos chamados direitos humanos – apartando-se, como visto aci-

ma, de sua percepção exclusivamente atrelada ao Direito Econômico – sua efetivação requer dos cidadãos uma postura ativa, haja vista que a “[...] afirmação dos direitos humanos é um chamado à ação – um chamado à mudança social – e não depende parasitariamente de uma exequibilidade preexistente” (SEN, 2011, p. 419).

Surge, daí, a importância de se lançarem olhares para uma nova manifestação da liberdade, não coincidente nem com a *liberdade de expressão*, nem tampouco com a *liberdade de prestar informação*, consoante definidos no item 1 acima: a *liberdade de provocação de autoridade pública*, consistente na iniciativa de acorrer ao poder instituído para, a partir da exteriorização de sua apreensão da comunidade e, fundamentalmente, dos problemas por ela enfrentados, colaborar no afã de solucionar tais problemas.

A garantia do direito de liberdade de provocação de autoridade pública, portanto, está inserida no ambiente democrático – já que não se imagina como tal direito se exerça em sua completude em regime ditatorial ou de exceção – e contribui para o bem-estar dos cidadãos, pelas razões aduzidas no final do item anterior; por conseguinte, tem direta influência na construção da ideia de desenvolvimento, consentânea com as exigências do atual estágio do capitalismo, aqui adotada.

Deveras, essa garantia acende no cidadão a chama do *compro-*

metimento social, não necessariamente para que ele se insurja contra toda forma de violação aos direitos humanos, em qualquer parte, mas, como adverte SEN (2011, p. 408), para “[...] que a pessoa que tem condições de fazer algo efetivo para impedir a violação desse direito tem uma boa razão para agir dessa maneira”.

Cumpre, por fim, lançar uma última provocação – mais que alcançar respostas inexoráveis e categóricas – relacionada à temática em discussão: como avaliar a conveniência da aceitação da delação anônima de violações aos direitos humanos, como legítima manifestação da liberdade de provocação pública, no regime democrático?

A primeira indagação consiste em averiguar se essa forma de manifestação da liberdade individual se coaduna com uma das cinco liberdades instrumentais listadas por Amartya Sen: a *garantia de transparência*. Isso porque esta pressupõe “[...] a liberdade de lidar uns com os outros sob garantias de dessegredo e clareza” (SEN, 2000, p. 56), enquanto a chamada “denúncia anônima” se funda, precisamente, no segredo da identidade do denunciante. Surge daí uma aparente contraposição entre os direitos fundamentais da liberdade de provocar a autoridade pública e o da honra ou dignidade da pessoa denunciada, que deve ser enfrentada segundo os parâmetros democráticos.

Há de se ponderar, porém, que quem delata o faz, geralmente, a uma autoridade pública, a quem cabe apreciar a verossimilhança da “acusação” e, em seguida, determinar as diligências necessárias ao esclarecimento do fato – ou o arquivamento do procedimento investigatório preliminar. E nessa investigação, não se espera que dê grande publicidade à delação, até para não atrapalhar o andamento das investigações e por em risco a honra do denunciado, em caso de ser falsa a imputação que se lhe dirigir.

Desse modo, não se trata aqui da perseguição oficial dos “inimigos do Estado”, muito comum em tempos passados e nos regimes autoritários de hoje, uma vez que seu reconhecimento incentivaria a prática do denunciismo politiqueiro e mal intencionado. VERRI (2000, p. XVII), por exemplo, externa sua preocupação com a busca pela incriminação a qualquer preço, quando pontifica:

O oferecimento de prêmio a quem denunciasse os culpados é também uma característica do mau governo, sendo uma forma de exploração demagógica da ignorância, da superstição e da falta de ética, além de servir para que o governo transfira para o povo uma responsabilidade que é sua, sendo, ainda, um estímulo à prática da delação.

De um lado, portanto, tem-se a perspectiva da nocividade que as peças acusatórias anônimas representaram para

a proteção dos direitos humanos, a exemplo do que se deu no “Caso Dreyfus”, tão contundentemente retratado por Émile Zola em seu famoso artigo “J’Accuse”. Por outro, são relatados amiúde casos em que as denúncias anônimas (por preservarem a identidade do “denunciante” e, por extensão, sua integridade física e dignidade) se mostraram fundamentais para a elucidação e prevenção de ilícitos especialmente graves, como a exploração do trabalho escravo e infantil, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e de pessoas, a violência contra a mulher e os idosos e a ação de grupos de extermínio – portanto em prol da defesa dos direitos humanos. Sob essa perspectiva, portanto, a aceitação da delação de forma anônima não prejudica a *garantia de transparência*, porquanto se apresenta como importante reforço de proteção dos direitos humanos violados ou potencialmente ameaçados, cabendo à autoridade adotar os cânones da transparência democrática, seja fundamentando razoavelmente suas providências, seja acautelando-se para não dar publicidade indevida a suspeita ainda não minimamente comprovada.

Não se quer dizer, com isso, que o exercício de tal liberdade se *imponha* a todos e *deva ocorrer* em toda circunstância de violação dos direitos humanos de que alguém tenha conhecimento. A rigor, essa obrigação se amolda ao que KANT (1980, p. 130) denominou de *dever imperfeito*, entendido como aquele que permite exceção em favor da inclinação

do sujeito, ou, em palavras mais simples, o que indica responsabilidade menos específica, por se permitir espaço de decisão sobre o que será feito e quanto é preciso fazer. No exemplo citado por SEN (2011, p. 409), em que uma mulher foi violentada até a morte, e várias pessoas assistiam à cena bárbara sem que se insurgissem contra a agressão injusta, não se pode apontar, categoricamente, *o modo* como deveriam agir seus concidadãos (chamar a polícia, usar da própria força física para afastar a ação do agressor, ou tentar convencer este a não prosseguir na conduta iníqua, dentre outras possibilidades), mas se pode, com alguma certeza, demonstrar que *algo* deveria ser feito⁸, invocando a noção de *comprometimento social* de que se falou acima.

De outra sorte, como há poucos efetivamente *comprometidos*, por temerem colocar em risco a própria segurança e vida, fato que foi confirmado pelo exemplo citado por Sen, assim a importância da aceitação da delação anônima para provocar a autoridade pública, porque só assim os que demonstram apenas *simpatia* (em vez de *comprometimento*) pela defesa dos direitos humanos podem contribuir para a proteção dos

8 O Código de Trânsito brasileiro (instituído pela Lei n.º 9.503/97), nesse sentido, prevê como tipo penal punível com detenção “Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública”, sinalizando, portanto, para dois caminhos alternativos, não antecipadamente determinados.

subjugados a violações dos direitos humanos.

Por fim, deve-se reconhecer que a responsabilidade social do denunciante acaba por substituir a responsabilidade do titular do direito humano ameaçado ou transgredido, já que este, sem a liberdade de se contrapor à violação, também é afetado em sua responsabilidade individual, afinal “[...] responsabilidade *requer* liberdade” (SEN, 2000, p. 322).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que ora se conclui permitiu traçar os pontos de comunicação e interdependência entre a liberdade de manifestação de pensamento e o desenvolvimento, a partir da seguinte linha argumentativa: sendo tal liberdade crucial para a sustentação do regime democrático participativo, e, por seu turno, considerando a democracia como o ambiente mais adequado para a construção da ideia de desenvolvimento como processo integrado de liberdades substantivas interligadas, tem-se atados, como num círculo, a livre manifestação do pensamento e o desenvolvimento.

Para a tessitura dessa relação, mostrou-se fundamental a análise de duas das mais expressivas obras de Amartya Sen – *Desenvolvimento como liberdade* e *A ideia de justiça* – e a frequ-

ênica com que foram transcritas suas ideias se justifica, por um lado, para demarcar sua importância como principal referencial teórico deste estudo, e, por outro, para demonstrar fidelidade aos termos e conceitos por ele adotados, diante de seu rompimento com a visão mais corrente de desenvolvimento, atrelado ao mero crescimento econômico.

Por derradeiro, como desdobramento dessas conclusões, verificou-se como também a liberdade de provocação de autoridade pública para relatar violação dos direitos humanos está intimamente relacionada a essa nova acepção de desenvolvimento, não somente como *instrumento* de sua realização, mas como verdadeiro *fim* por ele visado. Nesse diapasão, inseriu-se a discussão sobre as repercussões da aceitação da delação de atentados aos direitos humanos feita de forma anônima, concluindo-se por sua destacada relevância e conformidade com o propósito de tutela do bem-estar de toda a comunidade perseguido pela democracia.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRAGA, Fernando Urioste. **Libertad de expresión y derechos humanos**. Buenos Aires, Montevideú: Editorial B de F, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 83.125, Brasília, DF, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ de 07-11-03.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.405, Brasília, DF, voto do Min. Carlos Britto. DJe de 28-05-10.

CECATO, Maria Aurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da declaração de 1986 da ONU. **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 11, n. 20, p. 23-42, jan./jun. 2012. Disponível na Internet: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/13805/8593>>

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, San Jose da Costa Rica. Sentencia de 2 de mayo de

2008 Serie C No. 177.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DERECHOS humanos en Argentina; Informe 2010. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução por Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. Tradução de: *The end of human rights*.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito econômico da energia e direito econômico do desenvolvimento: superando a visão tradicional. *In*: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer, PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. **Direito econômico da energia e do desenvolvimento**: ensaios interdisciplinares. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

FISS, Owen M.. **Democracia y dissenso**; uma teoria de la libertad de expresión. Tradução por María Luisa Piquet e María Victoria Ricciardi. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. *In*: KANT, Immanuel. **Textos selecionados**. Tradução por Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela e Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução por Jus-sara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de: *A theory of justice*.

ROJAS, Ricardo Manuel. **Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba**. Buenos Aires: Fund. Cadal: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução por Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Tradução de: *The idea of justice*.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Tradução de: *Development as freedom*.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SORTO, Fredys Orlando. O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade. **Anuário hispano-luso-americano de derecho internacional**, Madrid, v. 20, p. 103-126, enc./dic. 2011.

SOUZA, Rodrigo Telles de. **Investigação criminal e vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2013.

TOMUSCHAT, Christian. **Human rights**: between idealism and realism. New York: Oxford, 2008.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VILLANUEVA, Ernesto. **Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

CAPÍTULO 5

CAPACIDADE CIVIL DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA:
DA VULNERABILIDADE À
LIBERDADE

FERNANDO GABURRI

2. Introdução

A pessoa é o centro de um núcleo de interesses em suas relações com as demais pessoas, sempre na busca da satisfação de necessidades das mais variadas ordens.

Para tanto, as normas jurídicas promovem a proteção legal, regulando as relações intersubjetivas, no sentido de assegurar a pacífica convivência entre as pessoas, que não vivem isoladas, mas em sociedade, sendo inafastável a recíproca cooperação para a satisfação dessas necessidades¹.

Essa proteção legal, segundo o princípio da igualdade, estampado no art. 5º da Constituição Federal, que inaugura o título dos direitos e das garantias fundamentais, é assegurada a todos, sem distinção de qualquer natureza, pelo fato mesmo de serem pessoas naturais.

¹ BARASSI, Lodovico. **Instituciones de derecho civil**. 4. ed. Trad. GOYTISOLO, Ramon Garcia de Haro. Barcelona: JMB, 1955. v. 1. p. 41.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, todas as pessoas naturais são dotadas de personalidade jurídica, o que lhes confere uma especial proteção do Estado em relação aos direitos existenciais. Além disso, na seara patrimonial, todas as pessoas são capazes de titularizarem direitos e obrigações na ordem jurídica, muito embora o exercício dos direitos titularizados possam sofrer limitações, mais ou menos intensas, mas sempre no ensejo de proteção aos seus interesses de ordem existencial e ou patrimonial.

A falta de capacidade civil pode decorrer de variadas causas taxativamente previstas em lei, nem sempre estando relacionada à deficiência da pessoa.

E, se a incapacidade estiver ligada à deficiência, o ordenamento jurídico contempla mecanismos de promoção e de proteção à pessoa por tal causa considerada incapaz.

2. Notícia histórica da pessoa com deficiência

Durante longo tempo a pessoa com deficiência foi simplesmente ignorada, tanto pela sociedade como pelo direito.

A história noticia o predomínio das atividades de artesanato, pecuária e agricultura na antiguidade, o que indicaria a necessidade de que a pessoa conservasse um corpo e uma

mente perfeita para a sobrevivência.

Na Grécia antiga, mais especificamente em Esparta, as pessoas eram preparadas para a guerra. As crianças pertenciam ao Estado, cabendo ao Conselho de Anciãos examiná-las ao nascer: julgando-as fracas ou disformes, seriam atiradas do alto de um abismo de 2.400m de altitude, denominado *Taygetos*, para serem eliminadas.²

Na concepção de Aristóteles³, “sobre o destino das crianças recém-nascidas, deveria haver uma lei que decida os que serão expostos e os que serão criados; não seja permitido criar nenhuma que nasça mutilada, isto é, sem algum de seus membros”.

Na Bíblia há algumas referências aos cegos, leprosos e mancos, pessoas rejeitadas pela sociedade em razão de receio de transmissão de doenças ou pela crença de serem pessoas amaldiçoadas. Para os hebreus a deficiência era considerada uma impureza, conforme se pode observar do Levítico 19:14⁴ e 21:17-24⁵.

2 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 1171.

3 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 52.

4 “14 Não amaldiçoarás ao surdo, nem porás tropeço diante do cego; mas temerás o teu Deus. Eu sou o SENHOR.” Disponível em: http://gbiblia.com/levitico_18:19/. Acesso em 23.09.2014.

5 “17 Fala a Arão, dizendo: Ninguém da tua descendência, nas suas gera-

Considerando-se que as coisas e situações desconhecidas causam temor, a falta de conhecimento sobre as deficiências veio a contribuir para que as pessoas com deficiência, devido suas diferenças, fossem marginalizadas e ignoradas.⁶

Essa situação veio a alterar-se na Idade Média, quando as pessoas com deficiência, por influência do cristianismo, passaram a ser consideradas criaturas de Deus, embora, de alguma maneira, esse cenário de exclusão e de segregação permanecesse, abandonando-se, contudo, a eliminação.

Na história brasileira, a pessoa com deficiência foi submetida a uma institucionalização oficial desde 1841, quando Dom Pedro II determinou a criação do Hospício Dom Pe-

ções, em que houver algum defeito, se chegará a oferecer o pão do seu Deus.”

18 Pois nenhum homem em quem houver alguma deformidade se chegará; como homem cego, ou coxo, ou de nariz chato, ou de membros demasiadamente compridos,

19 Ou homem que tiver quebrado o pé, ou a mão quebrada,

20 Ou corcunda, ou anão, ou que tiver defeito no olho, ou sarna, ou impigem, ou que tiver testículo mutilado.

21 Nenhum homem da descendência de Arão, o sacerdote, em quem houver alguma deformidade, se chegará para oferecer as ofertas queimadas do SENHOR; defeito nele há; não se chegará para oferecer o pão do seu Deus.

22 Ele comerá do pão do seu Deus, tanto do santíssimo como do santo.

23 Porém até ao véu não entrará, nem se chegará ao altar, porquanto defeito há nele, para que não profane os meus santuários; porque eu sou o SENHOR que os santifico.

24 E Moisés falou isto a Arão e a seus filhos, e a todos os filhos de Israel.” Disponível em: http://gbiblia.com/levitico_21:5/. Acesso em 23.09.2014.

Disponível em: http://gbiblia.com/levitico_18:19/. Acesso em 23.09.2014.

6 MAZZOTTA, Marcos José Silveira. *Educação especial no Brasil: história e políticas públicas*. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 16.

dro II; em 1854 criou o Imperial Instituto dos Meninos Cegos (que desde 1891 passou a se chamar Instituto Benjamin Constant - IBC); em 1857, Dom Pedro II criou o Instituto Imperial dos Surdos-Mudos (que desde 1957 passou a se chamar Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES); em 1874, iniciou-se o tratamento de pessoas com deficiência intelectual no hospital psiquiátrico da Bahia (atualmente hospital Juliano Moreira).⁷

Não havia nenhum apoio às demais pessoas com deficiência no Império, a exceção dos cegos e surdos. Para suprir essa lacuna, a sociedade civil, por sua vez, criou as Sociedades Pestalozzi em 1932 e as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) em 1954.⁸

A história vivenciada pela Grécia deixaria alguns resquícios no Brasil da primeira metade do século XX. A Educação Física era componente curricular obrigatório nas escolas brasileiras, desde o ano de 1937, cuja função era a de pre-

7 ROMERO, Rosana Aparecida Silva; SOUZA, Sirleine Brandão de. *Educação inclusiva: alguns marcos históricos que produziram a educação inclusiva*. Disponível em: www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/447_408.pdf. Acesso em 07.07.2013. p. 5.

8 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins [Comp.]. *História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.gov.br>. Acesso em: 05.09.2012.p. 22. O nome Pestalozzi é uma referência ao pedagogo suíço Johann Heinrich Pestalozzi.

parar os jovens para o combate, a luta e a guerra, por meio da ginástica, do desporto e dos jogos recreativos. Como o aluno era avaliado pelo condicionamento físico que apresentava, o Ministério da Educação, por meio da Portaria n. 13, de 01.02.1938, estabelecia “a proibição da matrícula em qualquer estabelecimento secundário de aluno cujo estado patológico o impedisse, permanentemente, das aulas de educação física⁹.”

A primeira vez que o Estado se manifestou pelo ingresso na educação superior da pessoa com deficiência na rede regular de ensino deu-se na década de 1950, quando o Conselho Nacional de Educação autorizou que estudantes cegos ingressassem nas faculdades de Filosofia.¹⁰

De todo modo, o paradigma institucionalista foi um momento importante da história da busca pela inclusão da pessoa com deficiência, porquanto pôde oferecer sua contribuição no campo da ciência, com a idealização e prestação de relevantes serviços de reabilitação.

9 TOSCANO, Chrystiane Vasconcelos Andrade; SOUZA, Rita de Cácia Santos. Representações conceituais na prática educativa especial e inclusiva do professor de educação física. In: DIAS, Feliz; BORDAS, Miguel; GALVÃO, Nelma; MIRANDA, Theresinha [Orgs.]. *Educação inclusiva, deficiência e contexto social: questões contemporâneas*. Salvador: EDUFBA, 2009. p. 139.

10 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins [Comp.]. *História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil*. cit. p. 31.

3. Definição da pessoa com deficiência: os modelos médico e social

No ordenamento jurídico brasileiro duas são as formas de se definir se uma pessoa pode ser considerada com deficiência, quais sejam, o modelo médico e o modelo social.

No século XX ficou superada aquela fase de institucionalização da pessoa com deficiência até então vivenciada pela história brasileira, que cedeu lugar ao modelo médico.

Esse modelo médico, ou paradigma de serviços, iniciou-se na década de 1960 e efetivou-se em escolas especiais, entidades assistenciais e em centros de reabilitação, caracterizando-se pela oferta de serviços, que se dividia em três etapas: a) de avaliação, em que uma equipe multiprofissional identificaria o que precisaria ser modificado na vida da pessoa com deficiência, para torná-la o mais “normal” possível; b) de intervenção, em que a equipe ofereceria atendimento formal e sistematizado, de acordo com os resultados de avaliação obtidos na etapa anterior; e c) de encaminhamento (ou reencaminhamento) da pessoa com deficiência à vida em comunidade.¹¹

11 ARANHA, Maria Salete Fábio. *Projeto Escola Viva: garantindo o acesso e permanência de todos os alunos na escola: necessidades educacionais especiais dos alunos*. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação, 2005. p. 20-21.

No modelo médico falava-se em integração social da pessoa com deficiência, significando que a pessoa é que deveria desincumbir-se da tarefa de envidar os esforços necessários para adequar-se à sociedade, sem que essa sociedade precisasse modificar-se para receber a pessoa com deficiência.

Nesse modelo, a definição de pessoa com deficiência obedecia ao princípio da tipicidade, de modo que somente aquelas situações previamente previstas em lei poderiam levar à conclusão de que a pessoa tinha, ou não, alguma das deficiências ali previstas.

A fonte normativa era o art. 4º do Decreto 3.298, de 20.12.1999, cuja redação foi alterada pelo Decreto 5.296, de 02.12.2004, a saber:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, par-

cial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60.º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;*
- b) cuidado pessoal;*
- c) habilidades sociais;*
- d) utilização dos recursos da comunidade;*
- e) saúde e segurança;*
- f) habilidades acadêmicas;*
- g) lazer; e*
- h) trabalho;*

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Essa enumeração, contudo, nem sempre traria resultados justos, já que uma pessoa com perda auditiva de 41db pouco se diferencia daquela cuja perda fosse de 40db; o mesmo se diz em relação à pessoa cuja acuidade visual, no melhor olho e com a melhor correção, seja de 30% em relação a outra cuja acuidade visual seja de 31%. ;em ambas as hipóteses, pessoas em situações semelhantes, senão idênticas, mereceriam tratamentos distintos.

O modelo médico, pelas falhas acima apontadas, cedeu lugar ao modelo social, pelo qual, muito mais do que serviços de avaliação e capacitação, constatou-se que as pessoas com deficiência necessitam de suporte, cabendo à sociedade reorganizar-se para garantir o acesso de todo cidadão a tudo quanto constitui e caracteriza a pessoa, independentemente das peculiaridades individuais. Foi nesta busca que se desenvolveu o processo de disponibilização de suportes (instrumentos que garantam à pessoa com deficiência o acesso imediato a todo recurso da comunidade). Esses suportes podem ser sociais, econômicos, físicos e instrumentais, e tem como função favorecerem o processo de inclusão.¹²

A partir do modelo social, deixa-se de falar em integração – que consiste em um esforço unilateral da pessoa com deficiência para enquadrar-se nos padrões sociais pré-estabeleci-

12

ARANHA, Maria Salete Fábio. *Projeto Escola Viva*. cit. p. 27.

dos – para se falar em inclusão social – que pressupõe esforços mútuos para a inserção social da pessoa com deficiência.

Com base nestas ideias, observa-se que a inclusão é uma via de mão dupla, em que, mediante conjugação de esforços da pessoa a ser incluída e da sociedade na qual ela o será, busca-se alcançar a igualdade de oportunidades nas mais diversas áreas e o equacionamento de diferenças.

A definição de pessoa com deficiência, com base no modelo social, parte de uma conjugação de fatores. Não leva em consideração apenas o comprometimento corpóreo da pessoa (elemento objetivo), mas parte do pressuposto de que o papel da sociedade é fundamental. Se a sociedade criar barreiras à inclusão da pessoa com comprometimento corpóreo, sejam elas de natureza física ou atitudinal (elemento subjetivo), então a pessoa será considerada com deficiência.

O primeiro documento normativo a definir a pessoa com deficiência sob o modelo social foi a Convenção da Guatemala, aprovada pelo Decreto Legislativo 198, de 13.06.2001 e promulgada pelo Decreto 3.956, de 08.10.2001, nos termos seguintes:

Artigo I Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência O termo 'deficiência' significa uma

restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Essa definição foi reafirmada pela Convenção da ONU sobre os direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pelo decreto legislativo 186, de 09.07.2008 com *status* de emenda constitucional e promulgada pelo Decreto 6.949, de 25.08.2009. Posteriormente foi reproduzida pela Lei Complementar 142, de 08.05.2013 e, finalmente, pela Lei 13.146, de 07.06.2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, a saber:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

4. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no sistema de incapacidades do Código Civil

Relacionada ao exercício de direitos patrimoniais, capacidade é a possibilidade de discernimento da pessoa natural, que lhe permite administrar sua pessoa e seus bens de maneira consciente, sem necessitar da intervenção de terceiros para a tomada de decisões válidas.

Em um sentido mais amplo, a capacidade pode ser bifurcada em capacidade de fato ou de exercício, e capacidade de gozo ou de direito.

Pondera Orlando Gomes¹³, que, do princípio de que toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, não se segue que os direitos adquiridos sempre possam ser exercidos pelo titular, porque a ordem jurídica priva certas pessoas do exercício, por elas mesmas, daqueles direitos, estabelecendo um sistema de incapacidades.

13 GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 129.

A incapacidade é instituto de proteção à pessoa privada, no todo ou em parte, do discernimento, que visa resguardar o patrimônio e demais direitos da pessoa lançada ao universo das relações jurídicas. Visa, portanto, proteger o vulnerável que se lança no mundo dos negócios jurídicos.

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a mensuração da capacidade baseava-se em um critério biopsicológico e era graduada de acordo com o nível de discernimento da pessoa. Assim, considerava-se absolutamente incapaz aquela pessoa que não tinha o necessário discernimento; relativamente incapaz aquela cujo discernimento era existente, porém reduzido e insuficiente; e plenamente capaz aquela que atingisse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Se a incapacidade liga-se à ausência, ou insuficiência, de discernimento, a pessoa com deficiência não pode ser considerada incapaz, quer relativa, quer absolutamente, só pelo fato da deficiência, se isso não lhe retira, ou diminui, o discernimento.

A incapacidade absoluta priva por completo a pessoa de exercer, por si própria, os atos da vida civil, reputando-os nulos quando assim praticados. A lei prevê a figura do representante, pessoa legalmente designada para praticar tais atos

pelo absolutamente incapaz, substituindo sua vontade.

O Código Civil, em sua redação original, assim arrolava os absolutamente incapazes em seu art. 3º:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Esse dispositivo foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que suprimiu os incisos II e III e integrou o inciso I ao *caput*, restando a seguinte redação:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Desta forma, a partir de 03.01.2016, apenas os menores de 16 anos são considerados, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como absolutamente incapazes, de modo que todas as demais hipóteses de incapacidade passam a ser consideradas como relativas, nos termos da nova redação do art. 4º do Código Civil.

A incapacidade relativa situa-se em uma zona intermédia

entre a incapacidade absoluta e a capacidade plena. A incapacidade relativa permite que a pessoa pratique, por si própria, alguns atos da vida civil, desde que devidamente assistida por quem de direito. Neste caso, a impossibilidade de discernimento é menor do que a dos absolutamente incapazes.

Segundo a redação original do art. 4º do Código Civil, o rol de pessoas relativamente incapazes era o seguinte:

Art. 4º. *São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:*

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. *A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.*

Após as alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o art. 4º do Código Civil passou a ter a seguinte redação:

Art. 4º. *São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:*

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

Parágrafo único. *A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.*

A norma do inc. II, a partir das alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, restringe seu alcance aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos, deixando de fazer referência às pessoas com deficiência intelectual, antes tratadas como “*excepcionais sem desenvolvimento mental completo*”, deslocando sua disciplina para o inc. III.

O inciso III, segundo a nova redação, transfere do art. 3º (absolutamente incapazes) para o art. 4º (relativamente incapazes) as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, independentemente do grau desse comprometimento intelectual.

O que determinava a incapacidade relativa, na redação original da norma, era a aferição de discernimento reduzido. Assim, se as pessoas referidas como excepcionais sem desenvolvimento mental completo conservassem a plenitude de seu discernimento para a prática dos atos da vida civil, deveriam ser consideradas plenamente capazes.

A norma, em sua redação original, considerava os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo com uma limitação gradativamente menor àquela dos que, por deficiência mental, não possuíam o necessário discernimento.

As pessoas consideradas como excepcionais sem desenvolvimento mental completo, como as com síndrome de Down, guardam certa capacidade de compreensão, ainda que reduzida. A lei, por sua vez, reconhecia a relevância desse grau de compreensão, dispensando a essas pessoas tratamento menos severo em relação aos absolutamente incapazes.

Na nova sistemática, como anteriormente frisado, as pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, independentemente do grau de comprometimento intelectual, são consideradas relativamente incapazes.

Diretamente ligada à alteração dos arts. 3º e 4º do CC está a norma do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo *caput* determina que “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”. Essa norma em nada inova, pois a deficiência, por si só, nunca foi considerada causa de incapacidade.

Observa Silvio de Salvo Venosa¹⁴ que o novo diploma pro-

14 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v. 1. p. 149.

cura atribuir os mais amplos direitos às pessoas com deficiência, que aprioristicamente, nunca serão consideradas totalmente incapazes, mas relativamente capazes, de acordo com sua respectiva avaliação.

O mesmo autor, porém, parece contradizer-se ao afirmar que “a situação, porém, a ser enfrentada pelo juiz no processo de interdição é a mesma: deverá concluir se o sujeito possui limitação mental que o iniba parcialmente para os atos da vida civil. Se a limitação for total, o caso será de incapacidade absoluta”¹⁵.

Ora, se após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a única hipótese de incapacidade absoluta no ordenamento jurídico brasileiro é a do menor de 16 anos, não se afigura consentânea com a nova realidade legislativa a consideração da pessoa com deficiência maior de 16 anos como absolutamente incapaz.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁶, na mesma linha de Silvio de Salvo Venosa, parece esposar posicionamento contrário à lei vigente, ao afirmar que “uma vez requerida a interdição, a perícia médica dirá em qual condição a pessoa deficiente

15 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. cit. p. 153-154.

16 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1. p. 189.

se encontra. Se a deficiência mental frustrou o pleno desenvolvimento das habilidades intelectuais, de modo a não conseguir expressar a vontade, recomenda-se esteja o deficiente sempre acompanhado por alguém de sua confiança nos negócios jurídicos que praticar. É o caso de incapacidade relativa. Mas se o deficiente simplesmente não compreende a organização social, nem mesmo no plano das relações familiares mais próximas, não terá condições mínimas de entender o significado jurídico de seus atos. Para este caso, somente a incapacidade absoluta, será meio eficaz de proteção de interesse”.

Embora a interpretação dada por Silvio de Salvo Venosa e Fábio Ulhoa Coelho seja a melhor, não parece encontrar guarida no novo cenário legislativo, contrariando a letra dos arts. 3º e 4º do Código Civil, nas hipóteses em que discorrem sobre a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência.

É importante ressaltar que a incapacidade é instituto relacionado à prática de atos patrimoniais, de caráter protetivo da pessoa natural, cujo objetivo é o de evitar que se lance aos atos da vida civil em geral com o risco de ter prejudicados sua pessoa e bens. Nessa ordem de ideias, os negócios e atos jurídicos praticados por absolutamente incapazes são considerados nulos, nos termos da norma do art. 166, I, do Código Civil.

Considerar como relativamente incapaz a pessoa sem nenhum discernimento não parece ter sido uma boa opção legislativa. Parece que o legislador de 2015 baralhou as ideias de personalidade e de capacidade, ao vinculá-las de maneira umbilical, como o faziam os autores clássicos. A incapacidade da pessoa, seja com deficiência ou não, jamais poderia afetar seus direitos existenciais, como o de constituir família.

Os atos praticados por pessoas que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade, deixam de ser nulos para serem apenas anuláveis. Neste caso, o vício não pode ser conhecido de ofício pelo juiz, nos termos do parágrafo único do art. 168 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Ainda na esteira protetiva dos interesses da pessoa absolutamente incapaz, a norma do art. 198, I, do Código Civil

proclama não correr a prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º, que prevê a incapacidade absoluta. Doravante, como os únicos incapazes previstos no art. 3º são os menores de 16 anos, forçoso reconhecer que contra as pessoas que por causa transitória ou permanente não possam exprimir sua vontade, reclassificadas pelo Estatuto como relativamente incapazes, correrá a prescrição.

5. A tomada de decisão apoiada como instrumento de afirmação da capacidade civil da pessoa com deficiência

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com deficiência, em ruptura com o modelo médico, partiu da palavra de ordem *nothing about us without us*, em abandono às políticas de cunho tutelar e assistencialista, que impunham às pessoas com deficiência a qualidade de meros coadjuvantes nas questões que lhes concerniam diretamente.

As decisões referentes à pessoa com deficiência eram, até então, tomadas por seus pais, demais familiares, amigos e simpatizantes que, embora com boas intenções, acabavam por cometer equívocos, geralmente lastreados em cuidados meramente assistenciais.

A participação da pessoa com deficiência nesse processo decisório é assunto que está na ordem do dia, cabendo aos Estados partes a adoção de comportamento positivo, no sentido de contemplarem, em âmbito doméstico, mecanismos jurídicos para que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres em condições de igualdade com as demais pessoas, conforme determina o art. 12:

Artigo 12 Reconhecimento igual perante a lei

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os

direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

No Brasil, o mecanismo adotado foi o da tomada de decisão apoiada, trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou o Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que passa a denominar Da Tutela, da Curatela e Da Tomada de Decisão Apoiada, acrescentando-lhe o Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada, composto pelo novo art. 1.783-A, cujo *caput* define a tomada de decisão apoiada como sendo o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança,

para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

No direito comparado, destaca-se o *Codice Civile* italiano, que teve seus arts. 404 a 413 alterados em 2004, para prever a figura do *amministratore de sostegno*. Na mesma linha, o *Código Civil y Comercial de la Nación* argentina, com vigência a partir de 2016, contempla o instituto denominado de sistemas de Apoyo al ejercicio de la capacidad em seu art. 43¹⁷.

Segundo lições de Guido Alpa¹⁸, no direito italiano há os institutos protetivos da interdição e da inabilitação. A interdição pode recair sobre a pessoa maior de idade, ou que esteja no último ano da menoridade, acometida por enfermidade mental que a torne incapaz de prover os próprios

17 "ARTÍCULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas."

18 ALPA, Guido. **Manuale di diritto privato**. 6. ed. Padova: Cedam, 2009. p. 200-203.

interesses. Já a situação dos sujeitos à inabilitação é menos grave, identificando-se com cegueira, prodigalidade, surdo-mudez, uso de tóxico e álcool.

O interdito é privado da capacidade de exercício, não podendo concluir negócios jurídicos, os quais são praticados em seu nome e em seu interesse por um tutor. Já o inabilitado tem uma capacidade de exercício superior à do interdito, podendo praticar os atos ordinários de administração, devendo ser assistido por um curador.

A interdição e a inabilitação são meios que atingem mais profundamente a liberdade de autodeterminação da pessoa, só aplicável em casos graves. Para atenuar esse sistema demasiadamente rígido, o legislador italiano, após anos de discussão, introduziu um novo instituto denominado de *amministrazione di sostegno*.

O instituto contemplado pelo direito civil da Argentina não substitui, mas reforça a tomada de decisão pela pessoa com deficiência. Diferentemente do que se passa com a *amministrazione di sostegno* do direito italiano, o *sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad* do direito argentino pressupõe e reafirma a capacidade civil da pessoa com deficiência e destaca sua autonomia para a tomada de decisões.

Conforme leciona Claudio Marcelo Alberete¹⁹ sobre os *apoyos*, “el objetivo es promover y consolidar la autonomía de las personas con discapacidad, a partir de ello su participación plena e inclusión en la vida social, en todos sus aspectos”.

No Brasil, o objeto do novo instituto não se confunde com o da tutela e da curatela, que se destinam à regência de pessoas incapazes.

A incapacidade de que cuida a tutela decorre da tenra idade da pessoa, menor de 18 anos e que não esteja sob o poder familiar dos pais; já a curatela cuida da incapacidade de quem, sendo maior, está impossibilitado de reger, por si mesmo, assuntos existenciais e ou patrimoniais.²⁰

Diversamente da tutela e da curatela, que são medidas voltadas à proteção da pessoa incapaz, a tomada de decisão apoiada guarda nítidos traços tanto de proteção a direitos existenciais como patrimoniais da pessoa capaz que apresente alguma deficiência.

19 ALDERETE, Claudio Marcelo. **El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios.** Disponível em: <www.saij.gob.ar/claudio-marcelo-alderete-sistema-apoyos-toma-decisiones-personas-discapacidad-propuestas-comentarios-dacf150503-2015-09-14/123456789-0abc-defg3050-51fcanirtcod>. Acesso em 30.05.2016.

20 GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. P. 436.

Se a tutela e a curatela pressupõem a incapacidade de fato da pessoa vulnerável, seja em razão da tenra idade ou devido ao pouco ou nenhum discernimento, a tomada de decisão apoiada, por seu turno, pressupõe a capacidade de fato da pessoa a ser apoiada, pois é ela, pessoalmente, quem terá legitimidade processual para requerer tal medida. Assim, a pessoa com deficiência deverá contar com 18 anos completos ou, se maior de 16, estar emancipada e, em ambos os casos, em gozo de completo discernimento.

Trata-se de um negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado, em que o interesse da pessoa com deficiência apoiada e dos dois ou mais apoiadores convergem para um objetivo comum, que é a preservação da livre manifestação de vontade da pessoa apoiada.

Porém, o escopo do legislador italiano é um pouco diverso do brasileiro, pois visa proteger a pessoa que não está apta para prover, por si mesma, os próprios interesses. Não se trata de pessoa inexperiente, mas de pessoa com dificuldade na execução das funções da vida cotidiana, em caráter permanente ou temporário, ou seja, que não pode gerir a si mesma, necessitando de auxílio, devido a alguma enfermidade, deficiência física ou psíquica.

Ortando, a pessoa beneficiada pela *aministrazione di sostegno* é incapaz, não necessariamente com alguma deficiência, ao contrário do Brasil, que reservou a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência capazes.

Retornando ao direito brasileiro, o termo de compromisso dos apoiadores em relação à pessoa apoiada deve ser tomado no bojo de um processo judicial de jurisdição voluntária, com intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, cuja iniciativa é personalíssima da pessoa apoiada.

A pessoa com deficiência e os apoiadores peticionarão conjuntamente ao juízo competente, apresentando termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar (§ 1º).

Não parece razoável a exigência legal mínima de dois apoiadores. Neste particular, andou bem o direito argentino, ao mencionar que o interessado pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para que lhe prestem apoio.

Após ouvido o Ministério Público, constitui etapa obrigatória do procedimento de tomada de decisão apoiada a oitiva

da pessoa apoiada e dos apoiadores pelo juiz, que deverá estar assistido por equipe multidisciplinar (§ 3º).

Constatando que o termo de apoio atende aos interesses da pessoa com deficiência, o juiz proferirá decisão homologatória. Daí em diante, a decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (§ 4º).

O termo de apoio poderá contemplar atos da vida civil tanto de natureza existencial (envolvendo direitos da personalidade) como patrimonial.

Uma outra diferença é que no direito italiano o administrador de apoio também pode ser nomeado para o interdito, para o inabilitado e para o menor. Lá, o decreto de nomeação do administrador de apoio estabelece a duração do encargo e os atos que o beneficiário só pode praticar com a assistência do administrador, bem como os limites de despesas. Diferentemente do interdito e do inabilitado, o beneficiário da administração de apoio conserva a capacidade de agir para todos os atos que não requerem a representação exclusiva ou a assistência necessária do administrador de apoio, sob pena de anulabilidade.

Já no direito brasileiro, esse processo tem por pressuposto a capacidade civil da pessoa com deficiência, pois a pessoa

apoiada é quem tem legitimidade processual exclusiva para deflagrá-lo, bem como para requerer em juízo, a qualquer tempo, a substituição dos apoiadores ou mesmo sua extinção (§§ 7º a 9º).

Se a pessoa com deficiência perder a capacidade durante a vigência do termo de apoio, a tomada de decisão apoiada deverá ser extinta e concomitantemente ser requerida a curatela do incapaz.

6. Conclusões

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146, de 06.07.2015, com prazo de *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigência em 03.01.2016, alterando profundamente o sistema de incapacidades do Código Civil.

Esse prazo de *vacatio legis* talvez tenha sido insuficiente, já que a interpretação dada aos arts. 3º e 4º relativamente à capacidade civil da pessoa com deficiência tem tido algumas variações de um autor para outro.

Ao procurar afirmar aquilo que já estava afirmado, ou seja, que deficiência não implica, necessariamente, em incapacidade, o novo cenário legislativo simplesmente transpor-

tou “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” do rol de absolutamente incapazes para o de relativamente incapazes, sem contudo mensurar as consequências jurídicas daí advindas.

Os atos praticados pelas pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, deixam de ser nulos para serem meramente anuláveis, não mais podendo o juiz, de ofício, decretar a invalidade de atos e negócios jurídicos praticados em prejuízo a tais pessoas.

Os absolutamente incapazes gozam da proteção contra os efeitos deletérios da prescrição, que não corre contra si enquanto durar a situação de incapacidade absoluta. No entanto, as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, como agora são consideradas relativamente incapazes, perderam essa proteção.

Não se pode olvidar, contudo, os avanços trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que, com base na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, cuidou de reafirmar o modelo social.

Outro ponto digno de encômios foi a contemplação no ordenamento brasileiro do instituto da tomada de decisão apoiada, já conhecido pelo direito comparado, a exemplo do direito italiano e argentino.

O instituto reafirma a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a escolha e prática de atos de natureza tanto existencial como patrimonial e a permite, se assim entender necessário, requerer judicialmente apoio de duas pessoas idôneas e com as quais guarde vínculo.

Referências

ALDERETE, Claudio Marcelo. **El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las Personas con Discapacidad. Propuestas y comentarios**. Disponível em: <www.saij.gob.ar/claudio-marcelo-alderete-sistema-apoyos-toma-decisiones-personas-discapacidad-propuestas-comentarios-dacf150503-2015-09-14/123456789-0abc-defg3050-51fcanirtcod>. Acesso em 30.05.2016.

ALPA, Guido. **Manuale di diritto privato**. 6. ed. Padova: Cedam, 2009.

ARANHA, Maria Salete Fábio. Projeto Escola Viva: garantindo o acesso e permanência de todos os alunos na escola: necessidades educacionais especiais dos alunos. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro; Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008. BARASSI, BARASSI, Lodovico. **Instituciones de derecho civil**. 4. ed. Trad. GOYTISOLO, Ramon Garcia de Haro. Barcelona: JMB, 1955. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1, p. 189.

GOMES, Orlando. Direito de família. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. Introdução ao direito civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZOTTA, Marcos José Silveira. Educação especial no Brasil: história e políticas públicas. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2005.

ROMERO, Rosana Aparecida Silva; SOUZA, Sirleine Brandão de. Educação inclusiva: alguns marcos históricos que produziram a educação inclusiva. Disponível em: www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/447_408.pdf> Acesso em 07.07.2013. p. 5.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins [Comp.]. História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br>>.
Acesso em: 05.09.2012.p. 22.

TOSCANO, Chrystiane Vasconcelos Andrade; SOUZA, Rita de Cácia Santos. Representações conceituais na prática educativa especial e inclusiva do professor de educação física. In: DIAS, Feliz; BORDAS, Miguel; GALVÃO, Nelma; MIRANDA, Theresinha [Orgs.]. Educação inclusiva, deficiência e contexto social: questões contemporâneas. Salvador: EDUFBA, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v. 1.

CAPÍTULO 6

ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO NO BRASIL E (IN)
CONSCIÊNCIA POLÍTICA: UMA
ANÁLISE SÓCIO-HISTÓRICA DE
NOSSA DEMOCRACIA

ROGÉRIO EMILIANO G. ALCOFORADO
SAMUEL JORDÃ C. CARVALHO

“O esquecimento e o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos”

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

1. Introdução

Neste capítulo, buscaremos elencar algumas reflexões sobre a consistência do que chamamos inconsciência política e como ela se manifesta no interior da sociedade brasileira, tornando-se um elemento essencial na compreensão da nossa democracia e na construção do Estado de Direito. Com o intuito de construir da maneira mais sólida possível as bases para as questões aqui levantadas, iremos recorrer, no decorrer do texto, a produções que dialogam nos ramos do direito, da sociologia e da historiografia e que, de maneira direta ou de forma mais tangencial, versam sobre o tema.

Num primeiro momento, concentraremos nossos esforços no sentido de definir aquilo que chamamos de inconsciência política e demonstrar de que maneira ela pode se manifestar nas relações cotidianas. Ainda nessa primeira parte, explicaremos o entendimento que nos levou aos recortes temporais abordados

no presente trabalho. Superada essa etapa, em seguida, faremos um recorte do processo histórico brasileiro que se inicia na República Velha. Neste momento, iremos demonstrar de que modo a inconsciência política no Brasil é uma construção que tem na República Oligárquica e Liberal uma etapa decisiva em seu processo de elaboração e concretização.

Adiante, o texto se converte em uma análise sobre a forma como o fenômeno da inconsciência política no Brasil se desenvolve, no presente, a partir de certos “mitos” nacionais. Veremos que tais mitos se tornaram, ao longo do tempo, especificamente, a partir da construção do Estado Nacional, no século XIX, em referenciais da identidade nacional, perpetuando-se no imaginário social desde então.

Ademais, o texto desemboca em seu momento fundamental, no qual discutiremos de que modo a democracia brasileira, resultante de todo o processo analisado nos momentos anteriores, está inserida numa era de direitos, famosa expressão elaborada e disseminada a partir da obra de Norberto Bobbio, que será nosso objeto de análise nesta etapa final do trabalho. Para uma melhor análise didática do texto, ele pode ser visto, portanto, a partir de três focos: a construção e definição da inconsciência política, as maneiras de sua manifestação e, por fim, o resultado desse fenômeno no atual momento da democracia brasileira.

2. O cotidiano, as relações políticas e a (in)consciência política

É comum, no âmbito das relações pessoais, ouvirmos diversos comentários sobre a conjuntura política vivida pelo país. Esses comentários versam sobre os mais variados temas: problemas no acesso à saúde, falta de segurança, falta de políticas educacionais entre outros. Existe, na maioria dos casos, uma tendência a direcionar os problemas enfrentados pela sociedade brasileira à atuação dos nossos agentes políticos, especialmente, para evocar o grande problema que nos aflige atualmente: a corrupção. No interior desses debates, uma constatação costuma vir à tona: o “desinteresse” dessa mesma sociedade em assuntos relacionados à política.

Uma simples menção a determinado político ou partido político ou uma breve visita aos portais de notícias serve para constatar como é notório a aversão que grande parte da população tem com relação a um tema, espinhoso, é verdade, mas, sem dúvidas, fundamental para a compreensão da nossa realidade. A política é vista como algo distante da realidade dessas pessoas, como se fosse praticada por indivíduos apartados da sociedade e que as excluem de tais práticas. Afirmações como: “políticos são todos iguais”, no sentido de “são todos desonestos”, “ladrões”, são os termos mais recorrentes. Com isso, é que entendemos que, ao se

sentirem excluídas da atividade política por associarem-na aos maus feitos, desenvolve-se, no seio da sociedade, uma espécie de inconsciência política, termo que explicaremos mais à frente.

Sem querer nos deter a essas questões específicas acima levantadas, como a corrupção, no sentido geral do termo, ou o desinteresse da população como causa desta, mas evocando-a, apenas, para adentrar no que verdadeiramente nos importa, observamos que esses aspectos pertinentes a nossa realidade precisam ser alvo de uma investigação mais profunda, que certamente, um artigo não dará conta.

Entretanto, tentaremos, nestas breves páginas, levantar questões, e, quem sabe, responder algumas, no sentido de compreender de que forma o sentimento de exclusão da sociedade¹ está intimamente relacionado ao desenvolvimento dessa inconsciência política. Entendemos que essa inconsciência é resultado de um processo histórico e político que marca a sociedade brasileira desde a sua formação.

Porém, como forma de racionalizar e recortar tema tão complexo, embora não estejamos impedidos de nos referir a

1 Para entender melhor a relação entre o sentimento de não pertencimento e as implicações éticas disso, ver: ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. **Ética racional: da estrutura deontológica aos aspectos teleológicos**. – Mossoró: EDUERN, 2017.

outros momentos de nossa história, como de fato faremos, partiremos do momento histórico de formação da nossa República (1891). Essa escolha se justifica pelo fato de que, no Brasil, a possibilidade de inverter a relação entre Estado e indivíduo (relação que será mais à frente esclarecida) só se tornou viável com o advento da República, bem como, devido à constatação de que, hoje, vivenciamos processos igualmente excludente de determinados setores da população.

Tal escolha não quer dizer que outras épocas não influenciaram na construção dessa inconsciência política. Como sabemos, existe o costume de atribuir uma suposta alienação política da sociedade brasileira como consequência do período da Ditadura Militar (1964-1985), argumento que poderia ser utilizado para partirmos nossa investigação desse momento histórico. Todavia, entendemos que o processo de marginalização social e de impedimento da construção da cidadania é muito anterior ao Regime Militar, embora reconheçamos que este reforçou, numa escala de grande dimensão, as condições para tal inconsciência. Aqui, cabe agora responder: o que estamos chamando de inconsciência política?

Chamamos de inconsciência política a limitação, justificada, de se pensar criticamente sobre a política, o que ocorre quando não conseguimos fugir dos pré-conceitos estabe-

lecidos no senso comum e que constroem uma visão superficial da política, associando esta, tão somente, aos malfeitos de agentes políticos. Somado e vinculado a isso, a ideia de inconsciência política também passa pela (in)ação prática no cotidiano, que é permeado de relações políticas. Os efeitos dessa inconsciência se apresentam das mais variadas formas. Desde a apatia pela política e antipatia pela discussão de questões políticas até a construção de conceitos e ideias equivocadas, ambos oriundos desse processo.

A partir do momento que a política é vista como uma categoria distante das relações vividas por aqueles que não são políticos profissionais, abre-se, portanto, o caminho para essa, por nós denominada, inconsciência política. A razão da existência dessa inconsciência será o objeto dessa investigação.

3. A República Velha, liberal e oligárquica

A primeira experiência cidadã do voto, desvinculado do fator renda, foi praticada no Brasil com o advento da República. O primeiro texto constitucional brasileiro que autorizou a eleição de candidatos pela maioria dos cidadãos aptos a votar foi a carta de 1891. Esta revogou aquela que vigorou durante o império (a constituição de 1824), que vinculava o voto à renda.

O que parecia significar um avanço, afinal mais pessoas poderiam votar, foi apenas a primeira mensagem excludente que a chamada República Velha ou República Oligárquica passaria para a sociedade. Calcula-se que nas primeiras eleições após a promulgação do texto constitucional cerca de 2% da população estava habilitada a votar. Isso porque o fator renda fora substituído por outros critérios que tornaram o processo eleitoral brasileiro igualmente excludente. De acordo com a constituição, apenas os homens brasileiros, maiores de 21 anos, e alfabetizados, podiam exercer o direito de voto.

Maria Efigênia Lage de Resende, historiadora, ao falar sobre o processo político na Primeira República, definindo-o como um “liberalismo oligárquico” (RESENDE, 2014) nos fornece informações riquíssimas sobre o período. Sobre a Constituição de 1891, nos informa a notória historiadora que aquela jamais permitiu que a participação política nas eleições passasse de 3,5% do eleitorado em potencial. A afirmação de José Murilo de Carvalho, em sua obra, *Os Bestializados*, dá conta do caráter excludente do novo regime:

[n]ossa República, passado o momento inicial de esperança de expansão democrática, consolidou-se sobre um mínimo de participação eleitoral, sobre a exclusão do movimento popular no governo. Consolidou-se sobre a vitória da ideologia liberal pré-democrática, darwinista, reforçadora do poder oligárquico. (CARVALHO, 1987, p. 161)

A constituição de 1891, portanto, deixou de lado qualquer ação no sentido de participação popular efetiva no poder político, o que nos permite afirmar que o advento da República não significou mudança de natureza alguma para a maior parte da população². A exclusão social se apresentou, não apenas na forma da (não) participação política. As políticas públicas levadas à frente pelos governos federal, estaduais e municipais demonstram o caráter profundamente excludente da República.

A reforma Pereira Passos, por exemplo, no Rio de Janeiro, retirou, forçadamente, milhares de pessoas que viviam em regiões centrais da cidade, obrigando-as a se deslocarem em direção aos morros da cidade. Nas palavras de Maria Efigênia Lage de Resende:

[n]as obras de modernização do Rio de Janeiro, o prefeito Pereira Passos manda demolir 590 prédios, a maioria cortiços habitados por trabalhadores. O objetivo é a construção de dois amplos bulevares, sob a influência dos boulevards de Paris, visando a dar à cidade uma imagem europeizada. (RESENDE, 2014, p. 103).

2 Para um ponto de vista diferente acerca da total exclusão social no advento da República, é fundamental a premiada obra *A República Consentida* (MELLO, 2007).

Sem direitos, a maior parte da população era excluída das decisões concernentes ao exercício do poder político. Os representantes deste só precisavam assumir compromisso com quem votava, ou seja, com os grupos privilegiados. O restante da população (maioria) era excluído das formas mais diversas, e cruéis, possíveis³.

No percurso da conquista dos direitos no Brasil, vale destacar que o sufrágio universal só foi conquistado, efetivamente, com a Constituição de 1946. Os direitos trabalhistas, objetos de disputa acentuada ainda hoje, vieram à tona através da CLT apenas em 1943. O fato é que a luta por direitos sempre foi prática recorrente na história republicana brasileira, mas também é evidente que tais direitos sempre foram sistematicamente atacados e tiveram vida curta, oscilando entre existência e morte até o advento da Constituição de 1988⁴.

3 Vale ressaltar que a Primeira República foi marcada por vários acontecimentos que demonstram o caráter excludente construído em torno do regime. Entre vários momentos em que o poder público, em nome da manutenção da ordem, precisou atuar, vale destacar: a Guerra de Canudos, a Guerra do Contestado, a Revolta da Vacina e a Revolta da Chibata. Todos estes eventos serviram para transmitir a mensagem de que a República brasileira possuía dono, e não era a maioria da população. Sobre esse período, interessantíssima é a obra *O Brasil Republicano* (DELGADO; MIRANDA, 2014).

4 Para uma compreensão da natureza dos direitos que fundam a cidadania de qualquer Estado de Direito, na contemporaneidade, ver: ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. **Uma breve história dos direitos fundamentais: do esboço teórico ao mundo real.** – Mossoró: EDUERN, 2017.

Nesse percurso, passamos por duas ditaduras - Estado Novo (1937 – 1945) e Ditadura Militar (1964-1985). A redemocratização trouxe um verdadeiro *boom* de direitos sistematizados na Constituição cidadã, fato que não assegurou, ainda, sua real efetivação para aqueles que hoje são considerados cidadãos. Por isso, entendemos que o que chamamos de inconsciência política ainda se apresenta nos nossos dias, mas não apenas na forma da impraticabilidade dos direitos promulgados na Constituição Cidadã.

4. A inconsciência política no Brasil representada nos mitos de construção da identidade brasileira

O notório historiador brasileiro Edgar Salvadori de Decca busca desconstruir alguns mitos, fortemente vinculados à identidade brasileira, e que são basilares da nossa democracia. Estes mitos são: a harmonia, a igualdade, a liberdade e a proporcionalidade. Essas elaborações, erguidas pela historiografia a serviço do Estado e disseminada através de suas maquinarias discursivas no senso comum representam uma das facetas do que chamamos de inconsciência política. Esses mitos tiveram seu processo de construção iniciado no século XIX, quando os esforços do governo imperial estavam todos investidos no projeto de construção do Estado Nacional.

Estes quatro elementos devem ser vistos intrinsecamente relacionados, como se um levasse a outro. O fato de esses mitos, mais de um século e meio depois, estarem presentes no imaginário brasileiro, mostra que esse projeto, em grande medida, deu certo. Porém, a sua desconstrução, empreendida por Edgar de Decca e outros tantos historiadores e sociólogos, retiram sua máscara e mostram-nos como evidência da fragilidade de nossa democracia.

O primeiro desses mitos elencados pelo historiador é a harmonia. Demonstrando que a construção da ideia de harmonia social ocorreu durante uma etapa específica da história do Brasil, qual seja, o Segundo Reinado, o autor cita a obra de Vitor Meirelles, *A primeira missa no Brasil*, quadro pintado em 1859, e que apresenta um conjunto humano harmonioso, o Brasil, composto por índios e portugueses “sob a bênção do Cristianismo”. Com esse quadro, a intenção do autor era demonstrar que a harmonia entre os “brasileiros” remete à chegada dos portugueses, em 1500. Importante é a reflexão sobre as vozes e sujeitos que são silenciados naquele quadro.

Como contraponto a tal ideia, o autor, de maneira criativa e metafórica, nos mostra o quanto essa harmonia pode ser, senão des(cons)truída, no mínimo relativizada. Melhor lermos suas próprias palavras:

[n]este sentido, poderíamos falar de vários Brasis, já que tratamos da percepção histórica de um conjunto desarmônico e indefinido de memórias e pessoas, mais ou menos como um prédio de apartamentos de classe média onde existem o elevador social e o de serviço. Duas entradas, dois acessos, muitas histórias, muitos silêncios. O prédio de apartamentos de classe média como metáfora da identidade nacional não poderia ser mais perfeito, na medida em que nele habita também um número indefinido e pouco harmonioso de pessoas e onde há enormes e dissimuladas desigualdades, e onde nem a explícita distinção entre o elevador social e o de serviço consegue desmascarar a nossa ilusão de igualdade (DECCA, 2002, p. 10).

Assim como a ideia de harmonia, o projeto de construção da identidade nacional brasileira trazia em seu bojo a ideia de proporcionalidade. Quando o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, instituição criada no século XIX para levar adiante o projeto de construção da nação, lançou um concurso cujo tema era *Como escrever a história do Brasil*, um naturalista alemão, Von Martius, lançou a ideia de que três raças – o branco europeu, o índio americano e o negro africano – constituíram um todo denominado Brasil. A cada um, portanto, estaria reservado o seu papel nessa construção.

É interessante observar como essa ideia de proporcionalidade permanece, seja no senso comum, seja nos meios intelec-

tuais. Basta citar a influência acadêmica que tem a obra de Gilberto Freyre, *Casa Grande & Senzala*, onde o autor pernambucano sistematizou, em um livro de grande magnitude, a ideia de que a sociedade brasileira foi construída sob a égide da harmonia entre esses três grupos. Vale ressaltar que a repercussão da obra Freyriana não é apenas no sentido de reforçar suas ideias⁵. Todavia, é inegável a sua força e a resistência de determinados grupos em negá-lo.

Outro elemento constitutivo de nossa identidade é a ideia de igualdade. Voltando ao quadro de Victor Meirelles, observa-se um todo harmônico e, por que não dizer, permeado por um espírito de igualdade que transparece nas feições de portugueses e indígenas. Nas palavras de Edgar de Decca, o princípio da igualdade entre os brasileiros é visto deturpadamente. Aquilo que deveria ser garantido pelo Estado em respeito ao que prega a lei e a Constituição, é utilizado, nas relações cotidianas, como algo a realizar benefícios de caráter pessoal.

Em virtude da não observância desse princípio pelo Estado,

5 Na mesma época em que Freyre lançava *Casa Grande & Senzala*, Sérgio Buarque de Holanda lançava *Raízes do Brasil*, obra em que o historiador desconstrói essa ideia de harmonia e proporcionalidade, atribuindo aos portugueses (o branco europeu) todas as mazelas proporcionadas pelas suas próprias mãos: o genocídio indígena e a escravidão africana, fatos que desencadearam o processo de exclusão que marcou a sociedade brasileira desde a sua formação e que era sentida, ainda fortemente, na época do historiador paulista.

os cidadãos, excluídos dele, adequam-no às suas próprias relações pessoais, mas de maneira que vai de encontro à razão e à universalidade desse princípio. Daí, surgem ditos populares, tais como “para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei”, o que demonstra senão uma inversão do que seria uma verdadeira prática cidadã, certamente, uma grande deturpação da cidadania. Com isso, observa-se que a “cidadania” brasileira, enquanto projeto de Estado, criou, ou contribuiu para que se criasse, uma ideia apolítica da igualdade. Ao observar que o Estado Brasileiro, historicamente, nunca teve como preocupação a formação da cidadania, o historiador assim se posiciona:

[e]ste Estado se ocupou mais das manifestações em praças públicas, das efemérides, das paradas e das festas cívicas que com uma educação para a cidadania que atingisse a maioria da população. Não houve a devida contrapartida na formação da cidadania no Brasil e por esta razão predominam muito mais a atitude dos indivíduos perante os símbolos que perante as leis (DECCA, 2001, p. 13).

Ademais, não poderia faltar o elemento liberdade. Elemento evocado nas Declarações Francesa e Americana, a liberdade, pode ser vista sob duas perspectivas. A primeira delas é a natural, isto é, a liberdade como atributo da natureza, como elemento dado e, portanto, inerente ao ser huma-

no. A segunda perspectiva é a da liberdade como elemento construído ao longo do tempo, como conquista do gênero humano.

É impensável afirmar que, na formação da sociedade brasileira, os três elementos que compõem nossa estrutura social gozem da liberdade de modo semelhante. Numa sociedade fundada sobre a escravidão africana, o genocídio indígena e sob a égide do patriarcalismo, não se pode falar de liberdade como princípio. Os efeitos históricos de nossa base social escravista, racista e patriarcal são tão visíveis quanto as tentativas de escondê-los, sobretudo através da construção das ideias de harmonia, igualdade e proporcionalidade, ideias difíceis de serem desconstruídas.

Igualdade e liberdade só são possíveis, nessa lógica de construção da Nação brasileira, pela proporcionalidade e harmonia. Nessa construção, esses dois princípios são dados, tidos como naturais. O projeto de construção da nação não apresentou, no entanto, nesse mundo ideal, perfeito e harmônico, as condições para o exercício de tais direitos, que eram privilégios de uma elite branca, europeizada e fortemente vinculada ao Estado, com este, sendo o protagonista da construção de tais mitos.

Hoje, embora o Estado não tenha como política pública a

construção de tais projetos, colabora para a perpetuação dos seus efeitos, haja vista a constatação do quanto ainda são dramáticas as condições para o exercício de direitos como a liberdade e a igualdade.

5. A realidade brasileira e a era dos direitos

A partir das questões acima levantadas, busquemos, sem conclusões precipitadas, mas apenas através da colocação de alguns pontos, o que julgamos relevante para explicar a fragilidade da democracia brasileira e, como efeito dessa fragilidade, a inconsciência política dessa mesma sociedade. Para isso, nos serviremos das importantíssimas questões colocadas por Norberto Bobbio, em sua obra não menos importante, *A Era dos Direitos*.

Nessa obra fundamental, Bobbio debruça-se sobre a presença, os fundamentos e a concretização dos direitos do homem. Seu ponto de partida é a Declaração de Direitos de 1789, promulgada na França durante o processo revolucionário e antes mesmo da elaboração da primeira constituição republicana. A Declaração francesa, como o próprio nome sugere, evoca direitos que existem antes mesmo do Estado, direitos naturais que pertencem aos indivíduos precedendo a sua entrada no seio da sociedade. Por isso, são direitos

maiores que o próprio Estado e a sociedade. Por isso, são direitos invioláveis. Na esteira do pensamento de Norberto Bobbio, Paulo Bonavides também afirma que

[a] universalidade dos direitos se manifestou pela primeira vez na declaração de 1789. [...] Constatou-se, então, com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos, podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade. (BONAVIDES, 2006 p. 562)

Na perspectiva do jusfilósofo italiano, os direitos declarados não precisam ser justificados, mas concretizados. O grande problema que perpassa os direitos do homem é a sua efetivação e a sua proteção. É um problema, portanto, de natureza política. Consumir tempo em investigações sobre os fundamentos dos direitos do homem não garantirão sua concretização, afinal os direitos são diversos e variaram ao longo do tempo⁶.

6 Para aprofundamento, ver: ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. **Uma breve história dos direitos fundamentais: do esboço teórico ao mundo real.** – Mossoró: EDUERN, 2017.

Direitos, como os evocados nas declarações francesa e americana eram impensáveis alguns séculos antes de sua promulgação na mesma forma e proporção de como são vistos como lugar comum atualmente. Outros direitos, fundamentais atualmente, não foram sequer imaginados pelos constituintes de outrora. A busca pela fundamentação se mostrará tão infrutífera quanto desnecessária e desembocará nas buscas cegas pelas míticas origens dos direitos.

Entendemos que é a efetivação e a proteção dos direitos que permitirá a superação das deficiências políticas de uma sociedade. Na Declaração de 1789, o primeiro passo efetivo foi dado, pois, pela primeira vez, aconteceu uma inversão completa da relação governante e governado, entre súditos e soberano, entre o cidadão (mesmo que em sua gênese) e o Estado. O direito passa a ser visto à luz do indivíduo e não mais de uma entidade supostamente superior, quer fosse Deus, quer fosse o rei. O caminho aberto pela Declaração foi efetivado dois anos mais tarde, com o fim da monarquia, da nobreza e da natureza excludente da relação entre esses dois grupos, que impedia os indivíduos de se tornarem cidadãos. Paulo Gonet Branco, importante constitucionalista brasileiro, também evidencia que:

[o]s direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação

entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (BRANCO; MENDES, 2015, p.136)

No Brasil, quando observamos as constituições que foram elaboradas durante o período republicano, constatamos que à declaração de direitos não se seguiu a sua efetivação. No caso particular da Constituição de 1891, a primeira republicana, isso não ocorria porque a condição de cidadão ainda não havia superado a vinculação à condição econômica. O exercício de direitos estava associado à condição social, e tal condição se resume a ser membro ou não de uma elite, com raríssimas exceções.

Dando um salto no tempo e chegando à Nova República, temos o advento da Constituição de 1988. Também chamada de Constituição Cidadã, ela traz elencados uma série de direitos individuais e sociais (estes, inexistentes na de 1891) que justificam, sem espaço para contestações, seu título. No entanto, é preciso trazer de volta as indagações proferidas por Bobbio, porém, com uma outra roupagem: Será que a presença dos direitos na Constituição significa a sua concretização desses mesmos direitos?

Para uma Constituição que é considerada analítica e progra-

mática, prestes a completar três décadas, a resposta poderia ser afirmativa. Todavia, a constatação de que muitas lacunas deixadas pela Constituição não foram preenchidas – como as normas de eficácia limitada – assim como não são concretizados plenamente, e até mesmo minimamente, certos direitos por ela evocados, nos permitem responder negativamente a tal questionamento somado ao fato de que talvez exista a sensação, por parte dos brasileiros, de que no Brasil o Estado cobra muito mais deveres do que fornece as condições para exercício dos direitos.

A despolitização da sociedade ou a sua inconsciência política pode ser uma resposta para essa constatação. O caminho inverso, ou seja, o caminho da politização e da tomada de consciência política, certamente, contribuirá para assinalar o fim dessa era e o início de outra. O papel que a sociedade organizada assumirá nesse processo pode significar que caminho tomaremos, porém, não cabe aqui especular que papel será esse, e muito menos que caminho será trilhado. A Constituição de 1988 possui deficiências impeditivas da cidadania plena, e, por conseguinte, da democracia plena⁷,

7 Ao falar sobre a democracia moderna, Bobbio afirma que esta “deve ser corretamente definida não como o faziam os antigos, isto é, como o “poder do povo”, e sim como o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade.” (BOBBIO, 1992, p. 51)

afinal a sua elaboração foi protagonizada, também, por setores privilegiados da sociedade⁸

Não estamos defendendo que a constituição de 1988 não foi efetivada porque foi elaborada por uma elite política. Isso não se comprova, lembrando que todos os setores da sociedade civil, em suas mais diversas naturezas (política, social, religiosa etc.), fizeram parte de sua elaboração. O que lançamos como afirmação é que os direitos prescritos na Constituição cidadã são alvos de sistemáticos empecilhos porque o quadro político institucional brasileiro é predominantemente formado por uma elite política, em grande parte, a mesma que elaborou nossa carta magna.

Existe uma cadeia de fatos que impossibilitam uma verdadeira inversão das relações políticas, e que não permitem uma mudança *ex parte principis* para *ex parte civium*, ou seja, uma inversão das relações entre governantes e governados em que o direito seja visto sob uma outra perspectiva: não mais do ponto de vista do Estado opressor que exige deveres dos cidadãos e não efetiva seus direitos, mas aquela do indivíduo singular, do cidadão titular do poder soberano e

8 Nesse sentido, a própria noção de democracia pode e passa a ser questionada na contemporaneidade. Essa reflexão, que tem sua genealogia no próprio Karl Marx (o capital), torna-se mais crítica e radical através dos estudos que nos direcionam à discussão da biopolítica e do biopoder, em uma trilha inaugurada com Hannah Arendt (origens do totalitarismo e a condição humana) e seus seguidores como Agamben.

sujeito de direitos, maiores que o próprio Estado. Não conseguimos, ainda quebrar a ordem dessa relação, e a inconsciência política se apresenta como resultado disso.

6. Considerações finais (ou à guisa de ter Esperança)

Desde o início da República, existe, senão bem delineadamente, a tentativa de participar do poder político (como ocorreu com os movimentos anarcosindicalistas operários do início da República que realizaram a greve de 1917), ao menos a tentativa de reagir contra a ordem estabelecida. Embora os processos de cerceamento da liberdade, o desrespeito a direitos sociais coincidam com a narrativa republicana brasileira, houve, e há, sobretudo hoje, a tentativa de empurrar o autoritarismo de volta. As revoltas da vacina, a guerra de Canudos e a Revolta da Chibata tiveram caráter predominantemente popular e de contraponto à tentativa de imposição do Estado como mandatário das vidas das pessoas.

No Brasil atual, a reação também se apresenta. Há três anos, vivemos um momento único na história da nascente democracia brasileira. As chamadas Jornadas de junho, em 2013, podem servir de marco para um novo momento da relação entre Estado e cidadão. É bom pensar que aquele momento tenha sido um marco no processo de tomada de consciência

política da sociedade brasileira. Ainda hoje, em 2016, estamos vivendo os efeitos daquele momento. Para alguns, no entanto, neste ano a sociedade brasileira deu entrada numa nova jornada, diferente daquela.

A despeito de não saber ao certo o que irá acontecer ou quais serão as consequências dos acontecimentos que estamos vivendo, acreditamos que tanto as jornadas de junho quanto as “jornadas de 2016” estão deixando claro que a sociedade brasileira quer participar do processo político e está em busca da efetivação dos “direitos aos quais ela tem direito”.

A vontade de participação pode ser constatada, também, nos projetos de lei de iniciativa popular. É verdade que apenas quatro projetos dessa natureza tenham sido transformados em lei, embora seja preciso destacar os obstáculos pelos quais essas propostas precisam passar até serem transformadas em lei e postas em vigor. O que torna a constatação interessante é o teor das matérias de que eles tratam, pois nos dizem muito sobre a necessidade da interferência popular na construção das leis. Afinal, nenhuma lei será mais respeitada do que aquela em que a sociedade teve parte. As leis aprovadas por iniciativa popular versam sobre direitos à vida (inclusão o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos), ao voto (lei que transforma em crime eleitoral a compra de votos e a lei da ficha limpa) e à

Habitação (lei que cria o Fundo nacional de Habitação de interesse social).

A esperança de que uma inversão das relações entre Estado e indivíduo/cidadão comece a ser de fato efetivada encontra abrigo nesse novo momento. A sociedade, esperamos que sim, talvez tenha tomado consciência de que os direitos à liberdade e à igualdade não são dados naturalmente, mas construídos politicamente. Entretanto, será preciso esperar um pouco mais para termos certeza de para onde iremos.

Referências

ALCOFORADO, Rogério Emiliano Guedes. **Ética racional: da estrutura deontológica aos aspectos teleológicos.** – Mossoró: EDUERN, 2017.

_____. **Uma breve história dos direitos fundamentais: do esboço teórico ao mundo real.** – Mossoró: EDUERN, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** – 19ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **Os Bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. **A Formação das Almas**: o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

DECCA, Edgar de. **Cidadão, mostre-me a identidade**. Cad. Cedes, Campinas. V.22, n. 58, p. 7-20, dezembro de 2002. Disponível em: Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>

DELGADO, L. de A. N.; MIRANDA, Jorge(org.). **O Brasil Republicano**: o tempo do liberalismo excludente, da Primeira República à Revolução de 1930. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global editora, 2004.

GUIMARAES, Manoel Luiz Salgado. **História e natureza em von Martius**: esquadrinhando o Brasil para construir a nação. *Hist. cienc. Saúde Manguinhos* [online]. 2000, vol.7, n.2, pp.391-413.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

MELLO, Maria Tereza Chaves de. **A República Consentida**: cultura democrática e científica do final do império. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RESENDE, Maria Efigênia Lage de. **O processo político na Primeira República e o liberalismo oligárquico**. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. *O Brasil Republicano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 89-120.

VON MARTIUS, Carl F. P. **Como se deve escrever a história do Brasil**, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, t. VI, 1865, p. 389-390).

CAPÍTULO 7

CONTRATOS
INTERNACIONAIS, SOLUÇÃO
DE CONTROVÉRSIAS E A
NOVA *LEX MERCATÓRIA*:
UMA PEQUENA ABORDAGEM
INTRODUTÓRIA

GLAUBER DE LUCENA CORDEIRO

1. Novos contextos sobre a resolução dos conflitos no comércio internacional

Estamos vivendo num momento em que as transações comerciais já ultrapassaram, e muito, as fronteiras territoriais dos países. Não que isso já não existisse, a história tem registrado que o desenvolvimento do comércio internacional tem seu avanço desde os povos fenícios, no século 09 a.C. Mas o que se tem de especial nos tempos atuais é a intensidade e facilidades implementadas nas transações internacionais, notadamente em razão da rede mundial de computadores.

O comércio internacional cresce numa proporção tal que décadas atrás poucas pessoas poderiam imaginar. O mercado tem espalhado os seus tentáculos por todos os lugares do globo terrestre tendo como objetivo principal a quebra de barreiras físicas e culturais das nações visando a unificação comercial de bens, serviços e, porque não dizer, das

pessoas.

A grande enzima que catalisa e faz esse mercado crescer cada vez mais, abraçando todos os pontos do globo, é o fenômeno da globalização, expressão que significa a série de transformações de ordem econômica, social, cultural e tecnológica que ocorrem no planeta, com mais intensidade a partir do fim do século passado, que objetiva a extinção dos mercados nacionais e a integração dos países em uma só unidade para uma maior convivência única e desenvolvimento dos povos¹.

As relações internacionais de comércio foram estimuladas, em tempos remotos, pelo surgimento da moeda, simplificando e estimulando a circulação de bens, a que hoje são incorporados à prestação de serviços, a movimentação de capitais e o tráfego de pessoas. Assim, como já fora dito, a internacionalização da produção não é uma novidade. A novidade é caráter massivo que ele se encontra hoje, resultando a ampliação das relações econômicas e da maior velocidade de circulação de riquezas².

1 Até o presente, acredita-se que não há nenhuma definição que seja considerada completa ou suficiente o bastante para o termo “globalização”, em função da amplitude desse fenômeno e do grande campo de atuação que ele se desenvolve. Nas várias conceituações existentes para este termo, sempre restará faltando uma área ou setor que este fenômeno abranjerá.

2 PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

Sendo assim, a globalização, impulsionada pelo desenvolvimento das tecnologias de transporte e comunicação, e a abertura dos mercados na grande maioria dos planetas, tem ampliado consigo os mercados de produtos e a prestação de serviços, difundindo cada vez mais os chamados contratos comerciais internacionais, principalmente os contratos celebrados de forma eletrônica. Para Pedro Braga Filho, o avanço da globalização massifica os contratos eletrônicos, que por sua vez, fortalece o processo econômico e a contratualização do direito, deslocando o poder normativo estatal nacional para organismos internacionais regionais e mundiais³.

É nítida a transformação ocasionada pela globalização nos contratos internacionais, consubstanciada, principalmente neste deslocamento de normatividade. O Estado nestes casos de contratação, principalmente, nos casos de compra e venda internacional tem seu papel de agente normatizante diminuído, transferindo às partes privadas o poder de regência dos termos acordados. A causa disso, em parte, é a volta de um princípio liberal que durante a primeira metade do século passado estava adormecido, ou melhor, teve sua eficácia diminuída face o dirigismo contratual, e que agora

3 BRAGA FILHO, Pedro. *Globalização e a teoria geral dos contratos*. In. LEÃO, Adroaldo & PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 243.

volta com toda a sua intensidade: trata-se do princípio da autonomia de vontade.

Com a nova ordem mundial, baseada nos preceitos neoliberais e nas transformações ocasionadas pela globalização, os contratos (e no caso mais específico deste trabalho, os internacionais) tiveram sua expansão na mesma proporção que o mercado se tornou mundial. Os Estados, que tempos atrás tinham o controle do poder normativo contratual, passaram a meros coadjuvantes normativos, muitas vezes sem força coercitiva, diante da amplitude de autonomia que são preconizadas às partes contratantes.

Um dos grandes fatores que influenciam neste deslocamento do papel estatal e consequente preponderância da autonomia de vontade nas relações privadas como fator de expansão dos mercados é a chamada “crise do Estado”; já que este agente não consegue, de forma suficiente, atender a todas as demandas e anseios de sua população. Assim, ele (o Estado) se esquivava de solucionar determinados problemas deixando que o interesse privado regule determinado setor. Como, por exemplo, e notadamente, o da economia.

Esse contexto é o que prevalece no cenário internacional. O dito Estado-nação deixa de exercer algumas de suas funções ao ser atingido pela degradação das instituições

e da vida política que afeta esses tempos pós-modernos. Aos poucos, os instrumentos estatais de soberania vão deixando desenvolver seu papel originário, criando-se “zonas francas” no direito, em decorrência das lógicas do mercado e dos mandamentos das forças econômicas. Diante dessa conjuntura, são os grandes investidores são quem impõem demasiadamente em todo o mundo os seus preceitos de liberdade contratual de uma forma sem precedentes⁴.

Há aqueles que contestam essa nova conjuntura e doutrinam que o Estado não pode se abster de interferir nessas novas relações. Aduzem que mesmo não assumindo de forma direta a sua intervenção, ele não pode ficar totalmente à margem da situação ao ponto de entregar todo o controle das relações contratuais à iniciativa privada. Neste diapasão, observa-se o que afirma Adilson Rodrigues Pires:

O intercâmbio de bens e serviços deve atender a uma política de trocas econômicas, cabendo ao governo, tão somente, preservar e defender os valores de caráter social, prioritários em relação aos interesses individuais. Essa diretriz induz à produção e à comercialização em todos

4 FERREIRA, Nilton José de Souza. *Globalização e direito internacional*. In: LEÃO, Adroaldo & PAMPLONA FILHO. *Globalização e direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 216.

os níveis e setores da atividade econômica, razão pela qual o Estado intervém, nas operações comerciais privadas, desde a era mercantilista com as grandes Companhia de Comércio. Mesmo no Estado liberal, a sua presença junto às entidades que desenvolvem atividades privadas é necessária, tendo em vista que o interesse público requer disciplinamento e ordenamento legal da política econômica⁵.

Segundo o entendimento dessa corrente, o Estado, mesmo diante do cenário que encontra a economia globalizada, não deve se isolar diante dos conflitos que são gerados no âmbito global. O agente estatal não deve ficar à margem do núcleo do conflito nas relações mercadológicas privadas, mesmo sendo o desejo do mercado fazer com que o Estado não interfira mais nas atuais relações contratuais. Para aquela corrente de autores mais nacionalistas, o ente estatal deve se impor e desenvolver seu papel de agente disciplinador, mesmo que de uma forma menos intensa.

Esse é o dilema que encontramos nas relações contratuais internacionais: o de deixar o Estado de fora de qualquer interferência na autonomia de vontade das partes, preservando o pensamento liberal; ou manter vivo seu poder

5 PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 4-5.

soberano de regular a vida dos seus súditos, atuando não mais de uma forma contundente, mas regulador de atividades.

Diante disso, o direito também sofre suas transformações. Essa conjuntura tem, aos poucos, afastado o poder do Estado de ser o normatizador da ordem jurídica. Até mesmo o seu papel de ente protetivo e disciplinador das relações privadas não é mais tão enxergado. O próprio mercado tratou de estabelecer novos critérios para a resolução dos conflitos existentes, traçando uma espécie de jurisdição própria, separada da estatal, que demonstra ser morosa, cara e de pouca efetividade. Como já enfatizado, os contratos internacionais, nos tempos de hoje, são basicamente regidos pela autonomia de vontade das partes, e dentro dessa seara, os sujeitos adotam outros tribunais especializados de cunho não estatal para dirimir seus conflitos. Exemplo disso são os tribunais de arbitragem internacional.

Além disso, com essas transformações globais, a concepção de jurisdição estatal baseada no positivismo deixa de ser a tônica preponderante na resolução dos conflitos entre as partes, abrindo passagem para uma nova concepção de aplicação do direito, denominada pelos juristas de pós-positivismo. Diante dessas novas ten-

dências mundiais, principalmente no tocante dos contratos internacionais, os sujeitos têm demonstrado um maior interesse em adotar um sistema jurídico que traga mais satisfação na solução de suas lides, sem que necessite penetrar numa antinomia nas legislações dos países sede das empresas. Assim, procuram-se novos métodos e tribunais especializados em resolução de pendências comerciais privadas, em substituição aos tradicionais meios judiciais estatais.

Esses novos paradigmas que o mercado internacional tem imposto nas relações privadas têm proporcionado às Ciências Jurídicas um momento de remodelação. Os desafios que são apresentados têm exigido soluções que vão mais além da ideologia e do dogmatismo, introduzindo um novo pensamento no direito mais voltado para a criatividade e para o dinamismo⁶.

Surge a idéia de formas alternativas de solução de controvérsias baseados, por exemplo: na utilização da *Lex Mercatória*, a utilização de laudos arbitrais internacionais, a jurisprudência comunitária, tribunais internacionais de órgãos especializados como da Organização Mundial do Comércio, etc. E

6 FONTOURA, Jorge. *A evolução do sistema de solução de controvérsias – de Brasília a Olivos*. In. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Solução de controvérsias no Mercosul* – Brasília: Coordenação de publicações da Câmara dos Deputados, 2003, p. 217.

será sobre a utilização da *Lex Mercatória*, em especial, que as linhas seguintes se inserem.

2. Algumas considerações sobre os contratos internacionais e o seu anseio por mecanismos mais efetivos de solução de conflitos

Para Maria Helena Diniz “o contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo para sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados⁷.” Assim, o contrato é o instrumento que regulariza a vontade de duas ou mais partes, criando obrigações que vincula os sujeitos participantes, ajustando os interesses autônomos sob o amparo do direito.

Os contratos sempre assumiram uma posição de destaque dentro do direito por ser o principal meio de adequação das vontades particulares. Por meio dele pode se constituir uma relação jurídica que irá vincular os esforços autônomos de sujeitos diferentes ocasionando uma obrigação entre estes, da qual o direito confere ampla proteção. As partes esta-

7 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. - 21ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

belecem de que forma será suas condutas, acordando suas vontades de uma forma instrumentalizada, em que irá vigorar não a imposição absoluta do Estado para a efetivação de determinado ato, mas a livre autonomia das pessoas que estão envolvidas.

O contrato é fruto da satisfação das necessidades mais diversas, sejam reais ou aquelas fabricadas pelo *marketing* ou pela propaganda. Não bastando apenas a necessidade, mas também, a declaração da vontade impulsionada à realizar às nossas necessidades⁸. É ato criador do direito fundamentado na vontade humana, efetivando um pressuposto de fato querido pelos contraentes e reconhecida pela norma jurídica, que empresta a sua proteção, desde que aquele esteja conforme a ordem jurídica⁹.

Dentro desse contexto, os contratos têm como fundamento básico a concepção de conceder as partes envolvidas o poder de se relacionarem da forma que eles acharem mais adequada, impondo, diante de um ajuste vinculante entre elas, a materialização de seus desejos objetivando a satisfação dos mesmos. Claro que essa independência deve estar compro-

8 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. - 5ª ed. – Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 347.

9 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. - 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.

metida com os princípios que o direito, a ordem pública e os bons costumes estabelecem. Em tese, não se vislumbra um contrato que vá de encontro com o que proclama a ordem jurídica ou que estabeleça situações que firam a licitude do acordo. A vinculação obtida por meio de um contrato entre as partes faz com que aquilo que foi ajustado se transforme em comprometimento, em um elo que ligará concretamente os contratantes, criando um direito próprio inerente aos sujeitos da qual, regra geral, é impossível se desligar sem um consentimento dos mesmos. Tal vínculo decorre da denominada autonomia de vontade das partes e pela obrigatoriedade das convenções, mistificado pelo brocardo: *pacta sunt servanda*.

Deixando um pouco de lado os aspectos gerais da teoria dos contratos, passa-se a analisar o instituto dos contratos internacionais, mais especificamente, os contratos de compra e venda, e a sua conjuntura atual, diante dos impactos que se originam das transformações econômicas a que passa o mundo, já comentadas no tópico anterior.

Para Irineu Strenger, os contratos internacionais são aqueles decorrentes do intercâmbio entre Estados e pessoas, no sentido amplo, cujas características são diversificadoras dos mecanismos comumente encontrados nos comerciantes circunscritos em um único território e pelos transterrito-

riais¹⁰. De forma mais simplória, os contratos internacionais são aqueles ajustados entre partes em que se comprometem a executar alguma obrigação de interesse dos próprios sujeitos, estando estes domiciliados em mais de um território nacional.

Ele (o contrato) é o grande instrumento propulsor do comércio internacional, encontra-se em suas entranhas um grande poder normativo que vincula os sujeitos interessados determinando *mudus facendi* na execução das obrigações ajustadas. Porém, esse poder já não é tanto ou em nenhuma parcela oriundo do poder estatal, mas sim, aquele concebido da própria vontade do mercado. Quer dizer, diante da complexidade das relações desenvolvidas, principalmente, sob o aspecto de qual direito estatal regulará os procedimentos contratuais internacionais, os agentes do mercado acharam por bem criar ritos e instrumentos próprios para estabilizar as relações conflituosas que ocasionalmente possam surgir.

Exemplo clássico do que se comenta acima é quando um empresário de um país deseja comprar produtos para serem distribuídos no seu território e que são fabricados por um agente domiciliado em outro continente. Qual o direito a ser utilizado caso uma das partes descumpra o ajustado no

10 STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio* – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 1998, p. 27.

contrato? O do comprador ou do fornecedor? E se os produtos tivessem que ser entregues em outro país que não o do domicílio do comprador? Essas são questões que desenvolvem complexidade para o direito nacional, pois cada país tem o seu ordenamento e este pode estabelecer soluções diferentes para cada caso apresentado. A questão da competência e da jurisdição aplicável em caso de lides é um problema antigo para o Direito Internacional que aparentemente se solucionava por meio de tratados e acordos envolvendo alguns Estados. O novo paradigma é que esse direito estatal ou suas normas não são tão eficazes para solucionar questões mais complexas que se apresentam hoje, o que faz com que os agentes internacionais procurem novos meios de resolução dos conflitos fora da jurisdição estatal.

O Direito Internacional tradicional, para solucionar uma situação contratual conflitante, sempre vinculou tal resolução pelos elementos de conexão existente nos contratos, ou seja, as expressões legais de feito indicativo, capazes de permitir a determinação do direito que deve tutelar a relação jurídica em questão, seja pela capacidade das partes obrigadas, sejam os relacionados à própria obrigação ou pela vontade dos sujeitos¹¹.

O comércio internacional exige a criação de regras próprias

11 AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 220-221.

que possam se expandir sob o globo, e essa expansão é necessária para os interesses do mercado que se alimenta do desenvolvimento das relações entre os sujeitos. Assim, ele (o mercado) determina a quebra de entraves que possam impedir o seu crescimento e um desses obstáculos é a ineficácia do direito estatal em solucionar novos questionamentos envolvendo os contratos internacionais.

Os agentes econômicos surgidos pós-globalização querem aumentar seu campo de atuação e conquistar novos mercados, sustentando idéias ditas neoliberais que necessitam um funcionamento mais aberto de produtos e serviços no globo, retomando os contratos internacionais para o caminho da autonomia de vontade, livre da intervenção estatal, o que fica bem mais claro com os contratos eletrônicos realizados pela internet¹².

Os contratos internacionais aumentam sua massificação decorrente das facilidades trazidas pelos meios de comunicação, mais precisamente a internet¹³, pois diminui as dis-

12 BRAGA FILHO, Pedro. *Globalização e a teoria geral dos contratos*. In: LEÃO Adroaldo & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Globalização e direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 242.

13 O comércio eletrônico ou *E-commerce* é um termo bastante amplo que abrange o uso das comunicações (digitais) e os seus respectivos aplicativos (*software*) que possibilitem o processo de aquisição de bens ou serviços *on line*, incluindo a venda de produtos ou serviços de empresas para particulares (*business to consumer* ou B2C), e de empresas para empresas (*business to business* ou B2B).

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 311.

tâncias entre fabricantes, fornecedores, comerciantes e os consumidores finais, tornando-se um imperativo de sobrevivência empresarial¹⁴. Diante desse fato, não se pode negar a amplitude que é identificada nestas relações. O mercado se encontra imperioso para determinar os rumos a serem adotados pela economia, coligando interesses individuais que estão separados por centenas ou até milhares de quilômetros de distância.

Verifica-se a densidade do problema quando se percebe que essa massificação dos contratos internacionais fortalece o processo econômico surgindo a chamada “contratualização do direito”, ou seja, o direito é implementado pelas próprias partes contratantes por meio da sua autonomia de vontade, afastando o poder normativo dos entes nacionais, em prol do estabelecimento de condições gerais para os contratos, elegendo como entes disciplinadores das relações organismos internacionais regionais e mundiais¹⁵.

Para os agentes econômicos internacionais o Estado seria uma “*persona non grata*” na relação privada de comércio internacional e seu desejo é retirar cada vez mais a sua presença,

14 VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: responsabilidade dos provedores pelos danos praticados* – Curitiba: Juruá, 2003, p. 25.

15 BRAGA FILHO, Pedro. *Globalização e a teoria geral dos contratos*. In: LEÃO Adroaldo & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Globalização e direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 243.

deixando livre o caminho para que as partes possam estabelecer suas vontades e implementem suas ânsias contratuais sem interferências desse ente exterior. A substituição dos instrumentos estatais de resolução de conflitos no âmbito do comércio internacional se torna uma praxe atualmente em virtude das desvantagens que são encontradas pelos sujeitos contratantes quando utilizam os meios estatais tradicionais. Podemos elencar como exemplo: a) existência de várias normas positivas de cada Estado que regulamentem determinada situação, às vezes sendo até antagônicas; b) morosidade de receber uma prestação jurisdicional sobre determinado conflito entre sujeitos internacionais; c) custas processuais que tornam os procedimentos mais caros em alguns países; d) a falta de especialização da maioria dos magistrados dos países sobre os assuntos comerciais envolvendo contratos internacionais, etc.

Sobre esse enfoque, observa Irineu Strenger:

As partes, outrossim, não se preocupam somente com salvaguardar suas boas relações recíprocas, mas também, de não se isolarem do meio negocial em que atuam, por exercício excessivamente detalhista de seus direitos, ou violação demasiado flagrante de suas obrigações. Essas diferentes características provocam enfraquecimento aparente do caráter jurídico, dos contratos em questão: afastamento dos direitos positivos, derrogações importantes

a diversos princípios básicos do Direito das Obrigações, repugnância em recorrer à via jurisdicional, mesmo à via arbitral, predominância de aspectos técnicos, psicológicos e comerciais¹⁶.

Essas são apenas algumas das situações que o mercado alega para afastar o direito tradicional dos Estados ao se confrontar com as discussões dos contratos internacionais. Assim, para que seus interesses não sejam prejudicados por parte da inércia ou ineficiência dos Estados em lidarem com a situação descrita, o mercado tratou de procurar novas formas aplicação do direito que não o tradicional, já que este vai de encontro aos anseios destes agentes econômicos. Para estes sujeitos empresariais, o direito que deve prevalecer é aquele emanado pelo interesse do mercado, aquele célere que poderá disciplinar, de forma contundente e eficaz, as novas relações comerciais que despontam no mundo.

Surgem assim, novos instrumentos de resolução de conflitos inerentes ao comércio internacional que se inserem nas premissas impostas pelo mercado, amparado, principalmente, pelos princípios contratuais da autonomia de vontade e na liberdade de escolha de jurisdição pelos sujeitos

¹⁶ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio* – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 1998, p. 80.

contraentes, que no caso, abdicam da proteção do direito do Estado, para se submeterem ao julgamento dos tribunais de arbitragem especializados internacionais.

3. Do direito não-estatal como instrumento de resolução dos conflitos comerciais internacionais

A autonomia de vontades, dentro da ótica internacional, significa uma fuga dos métodos tradicionais impostos pelo ordenamento estatal, conferindo às partes o poder de decidir quem poderá aplicar uma melhor decisão ao seu conflito, é faculdade de escolher qual o melhor sistema jurídico para ordenar o seu contrato¹⁷. Para Nádia de Araújo, a nova concepção de relações jurídicas baseadas no princípio da autonomia de vontade possui a função de “regra de conexão” que, quando inserido nas convenções internacionais, confere às partes o poder de contratar mesmo fora de qualquer lei, provocando o nascimento de um direito cuja aplicação nos tribunais de arbitragem internacional, poderia escapar de uma norma estatal própria e ser regulado por normas jurídicas não estatais¹⁸.

17 ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia de vontade, Mercosul e convenções internacionais* – 3ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 49.

18 ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia de vontade, Mercosul e convenções internacionais* – 3ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23.

Essa nova concepção do comércio internacional em fazer sobrepor a autonomia de vontade das partes para determinar qual o ordenamento jurídico a ser escolhido como regulador do contrato é a própria transcrição das consequências da globalização nos mercados. A globalização escolhe o contrato como norma jurídica de primeira grandeza justamente em virtude da transferência do poder estatal de normatização para os agentes econômicos, em especial as empresas transnacionais que pretendem estabelecer o predomínio do comércio eletrônico no mundo¹⁹. Diante da contextualização em que se encontram, os contratos internacionais, em especial os feitos pela internet²⁰, transformam a Ciência do Direito, que necessita rever muitos de seus institutos, como a própria questão da soberania nacional, para se adaptar a esse novo sistema de organização. Os efeitos dessas transformações são visualizados nas mutações teóricas, práticas e principiológicas dos ordenamentos jurídicos.

O que se identifica, como já foi ressaltado, é uma fuga do

19 BRAGA FILHO, Pedro. *Globalização e a teoria geral dos contratos*. In: LEÃO Adroaldo & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Globalização e direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 247.

20 Como anota Fernando Antônio de Vasconcelos, hoje a contratação via internet é uma realidade indiscutível. O usuário utiliza seu computador a qualquer instante para emitir a sua vontade de contatar, a máquina é o terminal emissor e receptor da declaração de vontade das partes contratantes.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: responsabilidade dos provedores pelos danos praticados* – Curitiba: Juruá, 2003, p. 25-26.

normativismo positivista, a procura de se buscar uma nova concepção para o direito aplicável aos contratos internacionais. Não aquele direito baseado na subsunção na norma ao caso prático, mas outro inovador, que largue a concepção dogmática nacional para os contratos e aplique algo que não obrigatoriamente esteja na norma, mas que seja a própria essência do direito aplicável ao caso. São as práticas habituais dentro do comércio que devem ser enfatizadas nas relações jurídicas internacionais, segundo a vontade dos agentes econômicos transnacionais. É deixar que o mercado se alimente e se regre por meio dos institutos que o deixou forte. As práticas comerciais habituais devem ser enfatizadas em todas as negociações e que quando essas práticas não forem obedecidas por qualquer dos sujeitos envolvidos na relação jurídica, sejam utilizados os princípios próprios do mercado para solucionar as divergências ocorridas. Tais princípios ou costumes negociais são a base para utilização efetiva da nova *Lex Mercatória* e das normas relativas ao Direito dos Contratos Internacionais.

Não há, dentro do comércio internacional, a intenção de abandonar por completo do direito nacional, o que se procura, por exemplo, é que um comerciante que tenha suas bases fixadas em um país possa desenvolver suas relações internas obedecendo ao ordenamento próprio daquele Estado, mas ao mesmo tempo, possa assumir com seus parceiros

domiciliados fora daquele território nacional, uma situação corporativa supranacional, baseada na uniformização de regras jurídicas e contratuais próprias e específicas da atividade mercantil, harmonizando suas práticas comerciais, simplificando e tornando mais céleres as suas transações²¹. O que se deseja, na opinião desses sujeitos econômicos, é que haja um direito paralelo, fora do campo estatal, responsável unicamente em resolver os problemas encontrados nas relações contratuais privadas internacionais.

Para resumir essa discussão, o que se procura é separar o direito aplicável às relações internas comerciais (em que as partes têm autonomia de vontade para contratar obedecendo às normas internas da lei nacional, que teria o amplo poder de regular as situações conflitivas existentes nos contratos) das relações privadas do Direito Internacional; onde as partes elegeriam, por declaração de vontade, o direito aplicável ao contrato, podendo escolher qual a legislação que iria reger essa relação (se a do país do comprador, do país do fornecedor; do local da execução do contrato ou outro a escolha das partes) e julgar os conflitos, caso haja o descumprimento dos termos do contrato por um dos sujeitos (um tribunal estatal ou um tribunal arbitrário especializado criado por alguma organização internacional privada).

21 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatória: horizontes do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 102.

Para que isso ocorra, os próprios países devem permitir essa nova liberdade de atuação dos mercados, por meio de normas que possibilitem o afastamento do seu ordenamento jurídico de regular todas as causas referentes ao comércio internacional dos agentes domiciliados em seu território, ou que permita a eleição de novas legislações alienígenas para julgar os processos em que haja descumprimento dos contratos dentro do seu território. Até mesmo, permitir que sejam eleitos novos modelos de resolução de conflitos internacionais por tribunais de órgãos multinacionais.

O quadro que se encontra nesse instante é que a remoção dos entraves para a maior difusão dos contratos internacionais, principalmente os jurídicos, são de especial importância para os países ditos desenvolvidos, que se beneficiam da expansão dos mercados; e também para os que estejam em desenvolvimento, cujas economias dependem bastante do comércio exterior²².

Mas essa abertura não está sendo feita na forma que o mercado pretendia. Alguns países não tem permitido a instituição de novos elementos supranacionais para regular as transações privadas internacionais entre sujeitos neles domiciliados por diversas razões: seja o temor de ter seu orde-

22 ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia de vontade, Mercosul e convenções internacionais* – 3ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 139.

namento jurídico completamente atrelado pelos impérios do mercado global (o que de certa forma já ocorre implicitamente), seja pela própria questão de ter sua soberania afetada diante da integração de novos direitos estrangeiros em sua legislação. Essa discussão será melhor apresentada neste trabalho nos tópicos a seguir.

4. Concepções sobre a nova *Lex Mercatoria* e sua utilização para regulação de práticas comerciais internacionais

Já afirmamos nas linhas anteriores que o mercado busca uma harmonização legislativa, ou até mesmo uma nova concepção do direito para poder melhor se desenvolver e continuar sendo instrumento de geração de riquezas. Uma dessas formas, talvez a mais conhecida, é a utilização da *Lex Mercatoria* como instrumento para a resolução dos conflitos existentes nos descumprimentos dos contratos internacionais.

Os avanços tecnológicos nos meios de comunicação possibilitaram a união dos povos com a proliferação do intercâmbio de informações. Assim, a globalização enfraqueceu o poder do Estado e aumentou o do comércio internacional, que desenvolveu regras próprias para o seu disciplinamento, fruto das práticas de costumes mercantis já existentes e que com o

passar do tempo essas regras costumeiras, às vezes codificadas por organismos privados, tornou-se como se fosse uma norma interna a que todos os agentes comerciais devem respeitar, uma “lei para e dos mercados”. Um direito dos comerciantes e profissionais desvinculados das normas legais do Estado²³.

Um dos primeiros a difundir essa idéia foi Berthold Goldman quando propôs a instituição de uma nova *Lex Mercatoria*, estabelecendo fronteiras próprias das normas de direito Estatal, desvinculando os comerciantes do poder soberano dos países²⁴. Para ele, nas atividades de operações de crédito bancário, venda internacional de bens e de transportes, há a nítida expressão da autonomia de vontades, que deve ser desenvolvida à margem dos ordenamentos jurídicos estatais.

Diante das várias formas de conceituação que se possa encontrar para a *Lex Mercatoria*, pode-se dizer que ela é um conjunto de regras costumeiras e de princípios comuns, concebidos de forma espontânea ou elaborados nos quadros do comércio exterior, utilizados em negócios transnacionais e aplicáveis em cada área determina-

23 AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 58.

24 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 102.

da do comércio internacional, aprovadas e aplicadas com regularidade²⁵.

A discussão sobre a *Lex Mercatoria* não é coisa nova, ela surge com o próprio surgimento do comércio internacional, e sua prática tem passado de tempos em tempos com o desenvolver do comércio. Na verdade, o que se identifica nesse instante é a proliferação de uma chamada Nova *Lex Mercatoria*, adaptada à nossa época de maior império dos mercados.

Registra a história que na época dos povos antigos já havia um direito dos mercadores para disciplinar suas relações, a exemplo da *Lex Rodhia de Jactu* dos fenícios e da *Nauticum Foenus* dos romanos. Na idade média, registram-se as leis de Wisby, em 1350, que regulou o comércio no mar báltico e o Consulado do Mar, que se tratava de uma coletânea de costumes do comércio marítimo reunida pela Corte Consular de Barcelona. Foi após isso, ainda na idade média, que a *Lex Mercatoria* veio a ser criada, como forma de regular as práticas desenvolvidas com o crescimento do comércio na Europa, principalmente nas cidades de Gênova, Marselha, Barcelona e Veneza²⁶. Apesar do comércio se desenvolver

25 AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 61.

26 AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 59.

nas feiras de vários países, os usos e costumes foram sendo fixados em cada uma daquelas cidades e se tornou praxe dentre os comerciantes tendo estas regras como principais características de suas práticas:

- tinham como base uma origem comum e fidelidade aos costumes mercantis;
- não eram aplicadas por juízes profissionais, mas sim, pelos próprios comerciantes;
- o processo era rápido e informal;
- possuía caráter cosmopolita;
- enfatizavam a liberdade de contratação.

A partir do século XVII, a começar pela Inglaterra, a *Lex Mercatoria*, aos poucos foi sendo substituída por normatizações legais estatais, os Estados desenvolveram o conceito de soberania, com a não interferência de um país no ordenamento jurídico de outro, o que impossibilitou a utilização de uma prática transnacional. Desde então, a *Lex Mercatoria* foi perdendo sua força diante do positivismo jurídico estatal que foi sendo disseminado nos Estados, porém alguns de seus princípios foram incorporados pelas codificações estatais²⁷.

27 AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 60.

Com o desenvolvimento do comércio internacional nos tempos atuais e a ruptura de fronteiras territoriais pelos avanços tecnológicos nos meios de comunicações proliferados pela globalização, os agentes econômicos transnacionais se viram interrompidos de poderem se desenvolver em virtude da multiplicidade de legislações de cada país. A cada negócio internacional realizado pelas partes, ou era encontrado entraves jurídicos para sua concretização ou outras dificuldades pela divergente maneira de solucionar os conflitos. Diante desses fatos, como já foi explicado anteriormente, o mercado procura impor suas reivindicações, a começar pela implementação de uma nova *Lex Mercatoria*, com o intuito de transpor as barreiras jurídicas dos Estados nacionais e revitalizar a autonomia de vontade das partes contratantes, com a utilização de uma ordem em separado do direito internacional, mais voltada à liberdade dos contraentes.

À exemplo do que acontecia no século XI, pretende-se com a vigência dessa nova *Lex Mercatoria*, baseada na autonomia corporativa e sem a intervenção do Estado, que a sociedade de compradores e vendedores do comércio internacional se regule pela reiterada prática de atos e contratos, aliadas à vontade específica do setor econômico, como se fosse um autêntico sistema jurídico mundial²⁸.

28 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 103.

A difusão dessas idéias tem estabelecido vários conflitos nos estudiosos do direito que aderem ou não a concepção pretendida pelo mercado. Para os que se filiam a essa corrente, a adoção de regras próprias para regular o comércio internacional se torna mais que necessária, sob a alegação que o processo de transformação e integração econômica global é algo irreversível, e que o direito tem que se adaptar a essas novas premissas decorrentes do comércio atual. A certeza disso é tanta que já se fala em um novo ramo autônomo do direito, o Direito do Comercio Internacional²⁹. De outro lado, encontramos os opositores dessa concepção, afirmando que o direito não pode ser imposto pelo mercado, mas sim a forma contrária, o mercado sendo adaptado pelas normas jurídicas, sob pena da completa desmoralização do Estado.

A Lex Mercatoria é o próprio fenômeno determinante da autonomia de vontade dos contratos internacionais, pois ela possibilita a criação de cláusulas novas e peculiares em seu conteúdo. Sua dinâmica desponta na extrema diversidade dos costumes e encontra seu objetivo na unidade constru-

29 Nádía de Araújo explica que o Direito do Comércio Internacional (DCI) é um ramo autônomo que tangencia, ao mesmo tempo, princípios e normas de Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, sendo assentado em duas premissas básicas: 1) No repúdio do postulado de que não existe outro direito afora o emanado pelos ordenamentos jurídicos estatais; 2) Que o direito na forma que se encontra hoje, não pode ser como fonte principal a norma, mas junto a ela devem estar os princípios jurídicos para regular os conflitos.

ARAÚJO, Nádía de. *Contratos internacionais: autonomia de vontade, Mercosul e convenções internacionais* – 3ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 348-349.

tiva de uniformização das regras comerciais³⁰. Outra função daquele instituto é a padronização de conceitos ou cláusulas para os contratos internacionais que sejam aceitos mundialmente, assim se tornará mais simplificada tanto a constituição dos contratos quanto o meio de resolvê-los.

Além do que já fora comentado, não se pode esquecer que os preceitos da *Lex Mercatoria* não se encontram simplificados em apenas em práticas, princípios e costumes abstratos. Há sim, positivamente dessas regras em regulamentos não estatais que ordenam o comércio internacional. Exemplo disso é o INCOTERMS, que é a sigla em inglês para *International rules for interpretation of trade terms*. Em português, “regras internacionais para a interpretação de termos comerciais”³¹. Essa codificação visa justamente isso, instrumentalizar positivamente os preceitos costumeiros da *Lex Mercatoria* para dar aos seus partícipes maior solidez, relativos aos diferentes

30 STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio* – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 1998, p. 199.

31 As INCOTERMS foram criadas, e são padronizadas, pela *International Chamber of Commerce (ICC) – Câmara de Comércio Internacional*, criada em 1919, com sede em Paris e composta por organização de 47 países, é um órgão de reconhecimento mundial encarregado de orientar os negócios internacionais e solucionar conflitos sobre os mesmos. A primeira edição do INCOTERMS foi publicada em 1936 e sua última regulamentação data de 1º de janeiro de 2000.

SOUZA, Cláudio Luiz Gonçalves. *A teoria geral do comércio exterior: aspectos jurídicos e operacionais*. – Belo Horizonte, Editora Lide, p. 2003, p.121-122.

entraves que surgem no comércio internacional³², com o fim também de ajudar os diversos órgãos de arbitragem internacional a proceder com seus julgamentos. Essas regras positivas unificadas sofrem constantes alterações em seus preceitos todas as vezes que o mercado encontra uma nova forma de disciplinamento de alguma relação ou quando novas práticas forem adotadas e se tornarem praxes dentro do meio. A grande facilidade é que tais regras não são legislativas dos Estados e podem ser modificadas acontecendo qualquer dos fatores estabelecidos acima.

Também intrinsecamente ligado a *Lex Mercatoria* estão os Tribunais de Arbitragens Comerciais Internacionais, que em virtude da morosidade dos tribunais nacionais em solucionar os questionamentos advindos das relações internacionais, são escolhidos preferencialmente pelos agentes internacionais para solucionar seus questionamentos. Esses tribunais são cortes especializadas, não estatais, formado por árbitros sem o poder jurisdicional dos países e que são escolhidos pelas partes contratantes para julgar os conflitos contratuais internacionais existentes. Eles estão disseminados em todo o mundo e as cláusulas de adoção destes tribunais estão introduzidas praticamente em todos os contratos internacionais de maior peso econômico e de maior complexidade jurídica.

32 STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio* – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 1998, p. 261.

É uma resposta elaborada aos reclamos do Direito do Comércio Internacional que se vê livre dos entraves nacionalistas dos judiciários locais, pois os tribunais nacionais, na opinião dos defensores da arbitragem internacional, são vinculados a sempre difíceis conceitos de ordem pública e soberania, auxiliados pela morosidade para a suas decisões³³.

A partir do instante em que os sujeitos contraentes expressam num contrato internacional a sua vontade de que um eventual conflito seja julgado pelos tribunais de arbitragem, eles, de certa forma, estão abdicando de utilizar o direito estatal para se submeterem integralmente à jurisdição dessas cortes independentes. Pergunta-se: E se uma das partes, inconformada com a decisão denegatória do seu direito, não obedecer aos mandamentos do laudo arbitral³⁴? Simples, apesar dos tribunais não possuírem poder de coerção sobre as partes, pois só quem o possui é o Poder Judiciário Estatal, existem outras formas de sanção para o não cumprimento das decisões. Uma delas vem do próprio corporativismo dos agentes econômicos: um sujeito que não cumpre o

33 HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63.

34 Nome que se dá a decisão emanada pelos tribunais arbitrais.

determinado numa condenação arbitral seria visto com desconfiança pelos outros colegas de atividade, e provavelmente, não faria novos contratos com outros agentes pela suspeita destes de que não seriam cumpridos. A efetividade da decisão arbitral não repousa na força do Estado, mas no corporativismo em que se integram as partes desavindas. O derrotado que não acata o laudo, será excluído das novas relações pela falta de credibilidade e confiança que passará a caracterizá-lo³⁵. Isso se dá pela inferência de que o principal cartão de visita de um comerciante ou empresário é ter o seu nome sem máculas dentro do seu meio.

Outra forma de cumprimento das decisões arbitrais, e essa de caráter mais efetivo, é que o direito estatal de muitos países já permite a execução judicial de decisões arbitrais. Diante das transformações que o mundo passa, diversos países já adotam (dentre eles o Brasil, através da Lei nº 9307/96), como título executivo, as decisões arbitrais, deixando com que o Judiciário se encarregue de efetivar o *mandamus* pronunciado pelas cortes privadas internacionais.

35 AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 62.

5. Considerações finais

Em razão da força dos mercados internacionais e da expansão das relações comerciais internacionais, seguramente a *Lex Mercatoria* será fonte primordial para os tribunais de arbitragem quando de suas decisões. Acredita-se que futuramente, os próprios Tribunais estatais que não aceitam esse um corpo de leis alternativas a serem aplicadas em um litígio, terão que se render e começar a adotar aqueles preceitos mercadológicos e suas decisões.

Hoje, esses tribunais arbitrais possuem um caráter cosmopolita, já que ao adotar as manifestações da *Lex Mercatoria*, eles não estarão adstritos a um único direito nacional³⁶. Assim, os mercados terão a sua expansão internacional, amparada por um corpo de normas e instituições mais adaptadas aos seus anseios de autonomia e velocidade na resolução de conflitos. Claro que isso pode significar um desprestígio do direito estatal e de seu Poder de Império, com consequências que são, por muitos, rechaçadas, como a de Christoph W. O. Soecker, acatando a *Lex Mercatoria*, “os Estados estariam abdicando de parte de sua so-

36 ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia de vontade, Mercosul e convenções internacionais* – 3ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 122.

berania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças³⁷”.

O que se deve buscar no momento é a procura de um ponto de encontro nas posições pró e contra a aplicação da nova *Lex Mercatoria*, pois pela conjuntura que se passa hoje, há um caminho sem volta em relação ao crescimento das relações comerciais em todo o mundo, e não pode haver dúvida sobre a aplicação ou não daquelas regras e de sua efetividade para solução dos conflitos, pois atrasaria o desenvolvimento das organizações e da segurança jurídica dos sujeitos envolvidos nessas relações. Deve-se tomar um posicionamento fixo sobre tais regras para que haja uma clareza maior em relação a sua efetiva utilização.

37 STOECKER, Christoph W. O., *Apud*. AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 62.

Referências

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais* – São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ARAUJO, Nádia de. *Contratos internacionais: autonomia de vontade, Mercosul e convenções internacionais* – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Solução de controvérsias no Mercosul* – Brasília: Coordenação de publicações da Câmara dos Deputados, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teria das obrigações contratuais e extracontratuais*. – 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. – 5ª ed. – Del Rey: Belo Horizonte, 2002.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatória: horizontes do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

LEÃO, Adroaldo & PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, Cláudio Luiz Gonçalves. *A teoria geral do comércio exterior: aspectos jurídicos e operacionais*. – Belo Horizonte, Editora Lide, 2003.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio* – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 1998.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: responsabilidade dos provedores pelos danos praticados* – Curitiba: Juruá, 2003.

CAPÍTULO 8

A ÉTICA DO
DESENVOLVIMENTO NO
CENÁRIO DO PLANEJAMENTO
URBANO: REFLEXÕES SOBRE
O CONCEITO DE CIDADES
SUSTENTÁVEIS

CARLOS SÉRGIO GURGEL DA SILVA
DAVID DE MEDEIROS LEITE

1. Introdução

As cidades são, por excelência, centros de atração de pessoas. Todas as cidades possuem características que as tornam únicas em quaisquer cenários políticos, sociais, históricos, culturais e econômicos. Em todos os casos, as cidades não podem ser entendidas, apenas e tão somente, como um espaço onde vivem milhares de pessoas, que se instalam e que vivem em seus territórios. As cidades possuem lógicas próprias, que se fundam nos processos de ocupação e transformação de seus territórios, ao longo do processo histórico de sua criação e de seu desenvolvimento. Assim como ocorre com a propriedade urbana, que segundo a ordem jurídica brasileira, deve cumprir uma função social, as cidades também têm funções sociais a cumprir. Sobre esta função social das cidades, traduzidas em preceitos éticos que devem nortear ações do Poder Público e da coletividade, é que iremos tecer reflexões ao longo deste artigo. Em um momento como o

atual, em que as questões éticas estão, mais do que nunca, no seio das principais discussões nacionais, a ideia de reforçar o compromisso de todos os atores, nos âmbitos políticos e sociais, com o estabelecimento de um quadro de desenvolvimento social e econômico que permita e facilite a superação dos principais entraves ao desenvolvimento urbano inclusivo, apto a concretizar direitos fundamentais no espaço urbano e nos espaços territoriais adjacentes, constitui o objetivo principal desta nossa reflexão acadêmica. Em face da discussão proposta far-se-á uma exposição inicial tratando da questão da ética do desenvolvimento e da ética no desenvolvimento, para em seguida abordar-se o aspecto do planejamento ambiental e seu espaço na política urbana brasileira. Na sequência tratar-se-á da questão do papel dos atores estatais na consolidação do conceito de cidades sustentáveis, na perspectiva da realização do federalismo cooperativo, e, por fim, será feita uma abordagem crítica acerca da participação da população nos processos de produção e construção de cidades sustentáveis. Todos os aspectos desta discussão tem como cerne primordial, apontar a necessidade de mobilizações e de atuações concertadas entre o Poder Público e a coletividade (sociedade civil organizada, empresas, comunidades), com vistas a um desenvolvimento sustentável e ético, comprometido com a concretização de direitos nos espaços urbanos e territoriais.

2. Ética do desenvolvimento ou ética no desenvolvimento

Em um primeiro momento, convém destacar o significado do termo ‘ética’. Segundo Cortella, a ética é o que marca a fronteira da nossa convivência. [...] é aquela perspectiva para olharmos os nossos princípios e os nossos valores para existirmos juntos [...] é o conjunto de seus princípios e valores que orientam a minha conduta¹.

Este mesmo autor explica que a ética, hoje, é compreendida como parte da Filosofia, cuja teoria estuda o comportamento moral e relaciona a moral como uma prática, como o “exercício das condutas”. Além disso, é entendida como um tipo ou qualidade de conduta que é esperada das pessoas, como resultado do uso de regras morais no comportamento social².

Em outras palavras, a ética é o conjunto de preceitos e métodos científicos que estuda o fenômeno da moral. Por esta razão, a ética pode ser considerada como a sistematização científica da moral. A base dos comportamentos éticos constitui a perspectiva individual da consciência moral, sendo

1 CORTELLA, Mário Sérgio. **Qual é a tua obra?** Inquietações, propositivas sobre gestão, liderança e ética. Petrópolis: Vozes, 2009, pág. 102.

2 CORTELLA, Mário Sérgio. **Qual é a tua obra?** Inquietações, propositivas sobre gestão, liderança e ética. Petrópolis: Vozes, 2009, pág. 103.

esta, o sentido e o princípio *mor* que surge como valor de correção e de justiça, no coração e nas mentes dos homens. Tais valores são pautados em costumes sociais e em valores familiares.

Como bem destacou o Papa Bento XVI, na Encíclica *Caritas in Veritate*, o risco de nosso tempo é que, à real interdependência dos homens e dos povos, não corresponda a interação ética das consciências e das inteligências, da qual possa resultar um desenvolvimento verdadeiramente humano³.

A primeira questão que se coloca é se existe uma ética do desenvolvimento, ou seja, se à lógica do desenvolvimento há uma ética que lhe seja inata. Para continuar a nossa exposição, convém, por ora, explicar o que vem a ser o referido desenvolvimento. Nesta ocasião, oportuno se faz afirmar que estamos a tratar do desenvolvimento urbano, compreendido em seu aspecto político, social e econômico.

Desenvolvimento, no nosso entender e em apertada síntese, é a capacidade de realização das potencialidades que se apontam para uma determinada realidade, seja ela social, econômica ou política.

3 BENTO XVI. **Carta Encíclica *Caritas in Veritate***. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

A maior parte das discussões que envolvem a ideia de desenvolvimento a enquadra, basicamente, na perspectiva econômica. Neste sentido, o termo ‘desenvolvimento’, em especial na realidade brasileira tem sido entendido como sinônimo de ‘desenvolvimento econômico’. No entanto, a discussão a que se propõe este artigo, é mais ampla e leva em consideração outros aspectos do desenvolvimento, como o social, o político e o cultural, todos voltados à realidade urbana brasileira.

Como ensina Fábio Fernandes Neves Benfatti, é objetivo fundamental previsto na Constituição brasileira de 1988, garantir-se o desenvolvimento nacional (art. 1º, II) e é a sua força normativa que irá dispor sobre os elementos necessários a esse desenvolvimento. Possuindo, assim, em sentido amplo, o gênero primaz de desenvolvimento social, humano, artístico e econômico, interligados todos para a garantia do Desenvolvimento Econômico, incluído de maneira definitiva na ordem econômica⁴.

Este mesmo autor destaca que no Brasil, um país em desenvolvimento, é fundamental a inclusão do alcance do desenvolvimento com os seguintes objetivos gerais: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Fede-

4 BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 123.

rativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. A redução das desigualdades regionais relaciona-se diretamente com o objetivo fundamental da República, que é erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais, logo, só deverá existir desenvolvimento econômico se houver erradicação da pobreza, e com a garantia do alcance dos objetivos específicos estampados no artigo 170 (e seus respectivos incisos) da Constituição Federal de 1988⁵.

Vale ainda destacar que a ideia central a ser tratada neste ensaio acadêmico está mais para compreender o desenvolvimento em sua perspectiva humana do que o desenvolvimento em sua perspectiva meramente econômica.

Nesse sentido, vale explicitar que o conceito de desenvolvimento humano nasceu definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser. Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades. A renda é im-

5 BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 130.

portante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim. É uma mudança de perspectiva: com o desenvolvimento humano, o foco é transferido do crescimento econômico, ou da renda, para o ser humano⁶.

Vendo sob este ângulo e percebendo que o desenvolvimento não é um fim em si próprio, mas apenas um meio para a realização de direitos nos espaços urbanos e territoriais de cada país, entende-se que há sim uma ética do desenvolvimento, sendo esta aquela capaz de imprimir valores constitucionais ao desenvolvimento, de modo a conformá-lo ao atendimento dos objetivos fundamentais de cada país. No caso do Brasil, como já referido em linhas anteriores, o objetivo principal do desenvolvimento nacional é garantir um padrão de desenvolvimento que viabilize a erradicação da pobreza, da marginalização e que viabilize ainda a redução das desigualdades sociais e regionais.

Há, no entanto, outra premissa ética a guiar os processos de desenvolvimento urbano no Brasil. Trata-se da ética no desenvolvimento. Nesta abordagem trata-se da ética como fator externo a guiar os processos de desenvolvimento humano com reflexos sobre o ambiente urbano. Este fator ex-

6 ONU. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil (PNUD)**. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

terno em verdade são fatores externos, que se materializam através de princípios para um desenvolvimento social e econômico, efetivamente sustentável.

Na realidade brasileira, as prestações materiais e realizações de direitos fundamentais (individuais e sociais) ocorrem através de ações e medidas estatais que muitas vezes se traduzem em políticas públicas, cujos principais objetivos são dar cumprimento aos “chamados” e “ordens constitucionais” atribuídos para cada ente federativo, através da sinalização de competências administrativas e legislativas próprias.

A ética no desenvolvimento decorre do dever jurídico de ação, pautada em regras deontológicas e que se dirigem a todos os servidores públicos, tanto do Poder Executivo, como do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. Este valor ético não deve ser encarado como dotado apenas de forte perspectiva simbólica. Deve ser entendido como valor essencial para a consolidação da democracia e para a consolidação da dignidade da pessoa humana, enquanto base para a realização de direitos humanos e de direitos fundamentais.

A ideia antagônica para a ética no desenvolvimento é a corrupção sistêmica que atinge o setor público e a corrupção endêmica, que emana da sociedade, quando se acostumam com o desvalor de práticas errôneas, deixando de lado o

cumprimento espontâneo dos deveres estatais e dos deveres dos cidadãos, em prejuízo da realização dos fins estatais, conforme idealizado pelo constituinte.

3. O planejamento ambiental e seu espaço na política urbana brasileira

O planejamento ambiental é uma necessidade para a realização de um meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. As cidades precisam cumprir o seu principal papel, que é gerar bem-estar para seus habitantes (art. 182, *in fine*, da Constituição de 1988).

Nesse sentido, o planejamento mostra-se como mecanismo de essencial relevância. Em verdade, trata-se de medida estratégica a ser adotada para que se tenha um desenvolvimento urbano equilibrado e sustentável, capaz de gerar qualidade de vida tanto para os seres humanos, como para a fauna e a flora existente na urbe.

Vale recordar que pela primeira vez, a Constituição do Brasil de 1988 demonstrou preocupação com o problema urbano, a ponto de fazer expressa referência ao direito urbanístico (art. 24, inciso I), de trazer um capítulo devotado à política urbana (arts. 182 e 183) e de incluir, na competência explíci-

ta dos Municípios, a promoção do ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII)⁷.

O texto do artigo 182 da Constituição Federal de 1988 é elucidativo, quando afirma que 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 habitantes⁸.

A principal ideia sobre a qual se assenta a política urbana no Brasil é a da função social da propriedade. Se a propriedade privada é um direito fundamental, expresso no artigo 5º, inciso XXII, esta só é assegurada se cumprir com a sua função social (inciso XXIII). A função social da propriedade, como se percebe, é condição para a fruição do direito de propriedade. Esta afirmação revela a dimensão que tem este valor social diante da propriedade urbana.

Como ensina Joaquim Castro Aguiar, durante muito tempo, a propriedade assumiu feição nitidamente privada, en-

7 AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pág. 10.

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

tendendo-se que o direito de propriedade era absoluto, no sentido de conferir a seu titular a faculdade de disposição total do bem, podendo usá-lo ou dele desfrutar livremente, sem quaisquer restrições. Somente depois, o próprio conceito de domínio passou a ser corretamente desvendado, sofrendo influência dos publicistas, que demonstravam estar o uso ou o gozo da propriedade necessariamente vinculado a uma função social. Os publicistas não poderiam conceber o livre uso da propriedade, sobretudo a imobiliária, de modo absoluto, sem atendimento de exigências decorrentes da função social que deveria ter⁹.

Não se pode conceber uma forma de uso da propriedade privada urbana de modo livre (sem restrições e/ou limitações), sob pena de tais liberdades se converterem em ataques à qualidade de vida da coletividade. A cidade é o espaço não apenas do indivíduo, mas, principalmente, do coletivo, entendido este como o conjunto de pessoas que ali residem. Neste sentido, vale asseverar que a convivência comum fez nascer regras que se destinam a regular o uso compartilhado dos espaços urbanos, de modo que a liberdade de uns não se transforme no “pesadelo” de outros.

No caso das cidades brasileiras, como define o §1º do artigo

9 AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pág. 10.

182 da Constituição Federal de 1988, o instrumento que define a forma como uma propriedade cumpre com a sua função social é o plano diretor municipal.

O teor do §1º do supracitado artigo 182 é preciso ao definir que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes¹⁰, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. No entanto, é no §2º deste mesmo artigo 182, que consta a previsão expressa no sentido de que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor¹¹.

O presente tópico trata da questão do planejamento ambiental e de sua relevância para desenvolvimento urbano. Nes-

10 O plano diretor pode ser também obrigatório para cidades com menos de 20.000 habitantes, nos termos do artigo 41, incisos II ao VI, da lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), para cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, cidades onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal, cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico, cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional, ou cidades incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos (BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017).

11 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

te sentido, é possível considerar o plano diretor municipal como um instrumento de planejamento ambiental? Entende-se que sim, uma vez meio ambiente, enquanto conceito, engloba quatro realidades, ou melhor, dimensões, a saber: a) meio ambiente natural; b) meio ambiente artificial (urbano); c) meio ambiente cultural (patrimônio cultural, histórico, paisagístico, etc.), e) meio ambiente do trabalho. Neste sentido, o plano diretor, que em verdade, pelo princípio da especialidade, é um plano urbanístico, não deixa de ser um instrumento de planejamento ambiental. Tanto é verdade, que nos planos diretores é comum que haja instrumentos de planejamento como o zoneamento ambiental. Como exemplo, pode-se citar o caso do plano diretor do Município de Natal/RN, que faz uso do zoneamento ambiente para criar Zonas de Proteção Ambiental (ZPAs).

No entanto, visando à realização do planejamento ambiental no âmbito dos municípios, estes podem usar de outros instrumentos de ordenação de usos e formas de ocupação dos espaços urbanos e territoriais, como planos especiais de urbanização, planos de mobilidade urbana, planos de arborização, dentre outros.

Por fim, vale destacar que o artigo 2º, e incisos, da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) - que tem por fim regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988

(que dispõe sobre a Política Urbana) - é claro ao dispor que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I) garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II) gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III) cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV) planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V) oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI) ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres; VII) integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII) adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX) justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X) adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI) recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, his-

tórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII) audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV) regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV) simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI) isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social; XVII) estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais; XVIII) tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento¹².

12 BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

Todos estes aspectos acima destacados, em riqueza de detalhes, como optou o legislador - na lei geral da política urbana (de diretrizes urbanas) - podem e em verdade devem ser objeto de planejamento urbano e ambiental, de modo que se possa garantir às presentes e futuras gerações uma cidade saudável e que seja capaz de viabilizar a realização de todos os aspectos do desenvolvimento da vida humana, de modo a concretizar os direitos, proclamados pelo Texto Constitucional, implícita e explicitamente, como direitos humanos e direitos fundamentais.

4. O papel dos atores estatais na consolidação do conceito de cidades sustentáveis: federalismo cooperativo urbanístico

Em um primeiro momento, convém tratar do conceito de desenvolvimento sustentável. Este termo foi, pela primeira vez, tratado no relatório conhecido como “Nosso Futuro Comum”, que também ficou conhecido como “Relatório Brundtland”, em referência ao nome da médica norueguesa Gro Harlem Brundtland, que presidiu a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, entre os anos de 1983 a 1987.

O referido documento registra que o desenvolvimento sus-

tentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades¹³.

Consta ainda no referido relatório, que “um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outra. O desenvolvimento sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos¹⁴”.

Há registro ainda, no citado documento, que muitos de nós vivemos além dos recursos ecológicos, por exemplo, em nossos padrões de consumo de energia. No mínimo, o desenvolvimento sustentável não deve pôr em risco os sistemas naturais que sustentam a vida na Terra: a atmosfera, as águas, os solos e os seres vivos¹⁵.

Em síntese, pode-se afirmar que na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investi-

13 ONU. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

14 ONU. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

15 ONU. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

mentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas¹⁶.

Em um segundo momento, convém apresentar os 17 (dezesete) objetivos do desenvolvimento sustentável, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), da Organização das Nações Unidas (ONU). São eles: 1) Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; 2) Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; 3) Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; 4) Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; 5) Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas 6) Garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos; 7) Garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável e renovável para todos; 8) Promover o crescimento econômico sustentável, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos; 9) Construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável,

16 ONU. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

e fomentar a inovação; 10) Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; 11) Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12) Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; 13) Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; 14) Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; 15) Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; 16) Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 17) Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável¹⁷.

Agora que se tem conhecimento sobre os principais objetivos do desenvolvimento sustentável, convém ao Estado, em parceria com a coletividade, viabilizar, em suas estruturas políticas, culturais, sociais e econômicas, as transformações necessárias (nos espaços urbanos e territoriais), de modo a

17 ONU. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil (PNUD)**. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

não só valorizar, mas também a promover a qualidade de vida de seus habitantes.

Como a realidade brasileira é a de um Estado federativo, convém que haja uma atuação coordenada entre todos os entes, com vistas ao cumprimento de objetivos comuns. Neste sentido vale lembrar que o artigo 23 da Constituição de 1988 dispõe ser de competência comum entre todos os entes federativos, entre outras ações, proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inciso IX); e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (inciso X)¹⁸. Estes deveres são os que possuem mais relevância para o estabelecimento de cidades sustentáveis.

No entanto, em se tratando da necessidade de cooperação entre todos os entes federativos, há que se destacar o teor do parágrafo único deste mesmo artigo, que dispõe que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, ten-

18 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

do em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional¹⁹.

Vale ainda destacar que, nos termos do artigo 2º da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante, entre outras diretrizes, a da cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social (inciso III)²⁰.

Por ora, convém destacar que o papel da União em relação à cooperação para o estabelecimento de cidades sustentáveis é bem mais do que simplesmente estabelecer normas gerais para a política urbana no país. Na mesma linha, os Estados-membros têm um papel maior do que simplesmente criar, por meio de lei complementar, regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. Neste sentido, pode-se afirmar que os Municípios não são os únicos obrigados a atuar com vistas ao estabelecimento de um correto ordenamento dos espaços urbanos.

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

20 BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

Neste sentido, leia-se o teor do artigo 3º do Estatuto da Cidade, quando dispõe que compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana: I) legislar sobre normas gerais de direito urbanístico; II) legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; III) promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público; IV) instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público; V) elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social²¹.

Recentemente foi publicada uma lei muito importante para a gestão pública urbana, em especial no que tange ao federalismo cooperativo em matéria urbanística. Trata-se da Lei Federal nº 13.089/2015, conhecida como Estatuto da

21 BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

Metrópole. Seu principal objetivo é o tratamento integrado que deve ser dado à política de desenvolvimento urbana em áreas territoriais com elevada densidade populacional, que se espalha na malha urbana de municípios conurbados.

Esta Lei Federal nº 13.089/2015 trouxe uma importante inovação, que revolucionará o modelo atual de gestão pública urbana. Trata-se de uma forma de gestão conhecida como governança interfederativa. Segundo o artigo 2º, inciso IV desta lei, governança interfederativa se realiza através do compartilhamento de responsabilidades e de ações entre entes da Federação, em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum²².

Como se percebe, a divisão de atribuições entre os entes federativos é a tônica do federalismo cooperativo urbanístico. Neste sentido, vale lembrar que a lei em comento obriga os Estados-membros que instituírem regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas a instituir também um plano de desenvolvimento urbano integrado (ver artigo 10 do Estatuto da Metrópole). O referido plano tem como finalidade abarcar o conjunto de Municípios que

22 BRASIL. **Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

compõem a unidade territorial urbana e abranger áreas urbanas e rurais (art. 12) e contemplar, no mínimo: I) as diretrizes para as funções públicas de interesse comum, incluindo projetos estratégicos e ações prioritárias para investimentos; II) o macrozoneamento da unidade territorial urbana; III) as diretrizes quanto à articulação dos Municípios no parcelamento, uso e ocupação no solo urbano; IV) as diretrizes quanto à articulação intersetorial das políticas públicas afetas à unidade territorial urbana; V) a delimitação das áreas com restrições à urbanização visando à proteção do patrimônio ambiental ou cultural, bem como das áreas sujeitas a controle especial pelo risco de desastres naturais, se existirem; e VI) o sistema de acompanhamento e controle de suas disposições²³.

No que diz respeito ao papel da União e a sua cooperação para com o desenvolvimento urbano, a lei em comento destaca em seu artigo 13, que em suas ações inclusas na política nacional de desenvolvimento urbano, a este ente federativo apoiará as iniciativas dos Estados e dos Municípios voltadas à governança interfederativa, observados as diretrizes e os objetivos do plano plurianual, as metas e as prioridades fixadas pelas leis de diretrizes orçamentárias e

23 BRASIL. **Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

o limite das disponibilidades propiciadas pelas leis orçamentárias anuais²⁴.

Ainda no que diz respeito à contribuição da União, vale destacar o teor dos artigos 14, 15 e 16 desta mesma lei (Estatuto da Metrópole), abaixo transcritos:

“Art. 14. Para o apoio da União   governança interfederativa em região metropolitana ou em aglomera o urbana, será exigido que a unidade territorial urbana possua gestão plena, nos termos do inciso III do caput do art. 2  desta Lei²⁵.

  1 . Além do disposto no *caput* deste artigo, o apoio da União   governança interfederativa em região metropolitana impõe a observância do inciso VII do caput do art. 2  desta Lei²⁶.

24 BRASIL. **Lei Federal n  13.089, de 12 de janeiro de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

25 “Art. 2  (...) III – gestão plena: condi o de região metropolitana ou de aglomera o urbana que possui: a) formaliza o e delimita o mediante lei complementar estadual; b) estrutura de governança interfederativa própria, nos termos do art. 8  desta Lei; e c) plano de desenvolvimento urbano integrado aprovado mediante lei estadual (...)”. (BRASIL. **Lei Federal n  13.089, de 12 de janeiro de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2017).

26 “Art. 2 . (...) VII – região metropolitana: aglomera o urbana que configure uma metrópole”. (BRASIL. **Lei Federal n  13.089, de 12 de janeiro de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2017).

§ 2º. Admite-se o apoio da União para a elaboração e a revisão do plano de desenvolvimento urbano integrado de que tratam os arts. 10 a 12 desta Lei²⁷.

§ 3º. Serão estabelecidos em regulamento requisitos adicionais para o apoio da União à governança interfederativa, bem como para as microrregiões e cidades referidas no § 1º do art. 1º desta Lei²⁸ e para os consórcios públicos constituídos para atuação em funções públicas de interesse comum no campo do desenvolvimento urbano.

Art. 15. A região metropolitana instituída mediante lei complementar estadual que não atenda o disposto no inciso VII do caput do art. 2º desta Lei²⁹ será enquadrada como aglomeração urbana para efeito das políticas públicas a cargo do Governo Federal, independentemente de as ações nesse sentido envolverem ou não transferência de recursos financeiros.

27 Trata-se do plano de desenvolvimento urbano integrado.

28 “§ 1º do art. 1º. Além das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas, as disposições desta Lei aplicam-se, no que couber: I – às microrregiões instituídas pelos Estados com fundamento em funções públicas de interesse comum com características predominantemente urbanas” (BRASIL. **Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2017).

29 “Art. 2º. (...) VII – região metropolitana: aglomeração urbana que configure uma metrópole”. (BRASIL. **Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2017).

Art. 16. A União manterá ações voltadas à integração entre cidades gêmeas localizadas na faixa de fronteira com outros países, em relação à mobilidade urbana, como previsto na Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, e a outras políticas públicas afetas ao desenvolvimento urbano.

Em face desta possibilidade de atuação, a União contribuirá, em grande monta, com a definição de um quadro de atuações coordenadas que criam as condições para um planejamento integrado, que leve em consideração as necessidades não só de municípios em particular, mas de toda unidade territorial metropolitana. Os resultados destas intervenções são sempre muito positivos, pois além de contribuir com a elevação da competitividade territorial (dotar a área de potencial para conquistar seu espaço no mercado global) para toda a região da aglomeração urbana ou da região metropolitana, contribuem para o sucesso de realizações de políticas públicas indispensáveis à elevação da qualidade de vida das populações ali residentes.

5. Produção ou construção de cidades sustentáveis?

A questão que se coloca, por ora, à nossa exposição, é saber se as efetivas participações de todos os entes federativos, nestes processos de ordenamento dos espaços urbanos e territo-

riais conduzem a uma realidade de produção ou de construção de cidades sustentáveis. Se nos parece que as atuações públicas estão mais para processos de produção do espaço urbano do que para a construção dos espaços urbanos sustentáveis. A base para tal compreensão reside no caráter político das obrigações estatais, por nós compreendidos como tarefas fundamentais do Estado. Este caráter supracitado impõe um dever de agir que se concretiza, basicamente, em dois pilares: planejamento e ação (planos e concreções). Esta dúplice atuação, por sua vez objetiva a transformação da realidade posta, de modo que se produzam os resultados esperados, nos moldes do idealizado pelo legislador.

Por outro lado, em todos os momentos de construção e de execução de políticas públicas urbanas há sempre o chamamento à participação pública, no sentido de que a população do município ou dos municípios envolvidos deve agir de modo a opinar e participar dos processos de escolhas de prioridades e da execução das políticas indispensáveis à transformação realidade urbana, de modo que esta possa se aproximar ao máximo do conceito de cidades sustentáveis, tal como definido no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), em seu artigo 2º, inciso I.

Diante do exposto nestas linhas anteriores, tem-se que os processos de produção e de construção de

idades sustentáveis são complementares e, necessariamente devem andar juntos, não obstante sejam aspectos diversos, ou melhor, ângulos diversos para o processo de efetivação da ideia (conceito) de cidades sustentáveis.

Dando ênfase aos processos de construção de cidades sustentáveis, vale lembrar o que dispõe o artigo 43 (incisos I ao IV) do Estatuto da Cidade, quando este afirma que para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal, debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano³⁰.

Estes instrumentos acima apontados são poderosos meios de atuação, postos à disposição da população, de modo que esta possa atuar como protagonista dos processos de definição de políticas públicas urbanas que visem concretizar ao nível máximo o maior número de direitos fundamentais

30 BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2017.

possíveis na realidade do território ou dos territórios que recebem tais intervenções.

Vale ainda destacar que o artigo 44 do Estatuto da Cidade dispõe que no âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4^o³¹ desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Ainda sobre a importância da participação da população nos processos de construção de cidades sustentáveis, vale lembrar o disposto no artigo 45 deste mesmo Estatuto da Cidade, quando assevera que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania³².

31 **4º da Lei 10.257/2001.** Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) III – planejamento municipal, em especial: (...) f) gestão orçamentária participativa. (BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2017).

32 BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2017

A gestão democrática objetiva, teórica e efetivamente, o respeito às necessidades de todos os atores da cidade, bem como de toda a sua população. Não se admite que apenas uma parte da população ou um segmento da sociedade tenha atendido seu pleito por uma cidade sustentável.

Neste sentido, Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro e Adauto Lucio Cardoso tecem críticas no sentido de que desde que as cidades foram tomadas pelo desenvolvimento capitalista, começou-se a afirmar que elas deveriam ser adaptadas às exigências da nascente economia industrial. Foi a era das reformas urbanas, que realizariam importantes projetos de reconstrução do espaço de grandes cidades como o Rio de Janeiro. Nesta fase, a preocupação dos “planejadores sem plano” – grupo constituído por médicos e engenheiros – era a questão da higiene pública, que gerou profundas intervenções sobre a cidade e, principalmente, sobre as moradias populares. Estas reformas também, segundo estes autores, mudaram a forma da cidade, produzindo uma nova simbologia requerida pelas elites em ascensão. Os problemas urbanos então se confundiam com os problemas sociais e as intervenções visavam à realização de uma reforma social. Esta se daria através da transformação do ambiente material onde vivia a população mais empo-

brecida, como uma forma de transformar seus hábitos e valores culturais³³.

Nossa compreensão é no sentido de que seja qual for o sistema econômico ou a ideologia política em uma determinada sociedade, sempre deve haver respeito ao ser humano, na sua condição de cidadão, ou melhor, na condição de habitante do espaço urbano. Neste sentido, a ideia de um planejamento que se proponha a ser democrático e inclusivo (para todos) se mostra indispensável, como condição para um correto ordenamento dos espaços urbanos e territoriais.

Um modelo de planejamento, que se possa enquadrar como “higienista” carrega consigo uma crítica no sentido de que a sua principal pauta seria o afastamento dos problemas sociais da cidade, separando-os de áreas onde se pretende realizar investimentos, públicos e privados, com a principal finalidade de gerar valorização de áreas com interesses especulativos imobiliários. Se a finalidade principal da “ordenação” da cidade é esta última, não desconsiderando a sua importância, porque a cidade é também o espaço da realização econômica, tem-se o desequilíbrio que não serve a

33 RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio. Plano diretor e gestão democrática da cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (org.). **Reforma urbana e gestão democrática: premissas e desafios do estatuto da cidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2012, págs. 104-105.

redução das desigualdades sociais e territoriais. O resultado de processo sempre será o de fragmentação social do tecido urbano. Este contexto ressalta a importância da ética do desenvolvimento aplicado à dinâmica urbana.

De modo a prosseguir em nossa reflexão, convém a discussão sobre o seguinte questionamento: existe uma ética do desenvolvimento? Segundo ensina Rossi Henrique Soares Chaves³⁴ na década de 1960 surgiu um grupo de estudiosos, influenciados muitas vezes por princípios religiosos, que viu na ética do desenvolvimento uma alternativa teórica e prática para humanizar a sociedade de mercado. O que esse grupo pretendia era criar uma nova disciplina, um campo interdisciplinar de estudos para tratar das questões do desenvolvimento. A ética seria utilizada como princípio unificador, totalizante, dos diversos aspectos do desenvolvimento – social, ambiental, etc. – uma vez que orienta a escolha dos fins a serem perseguidos e dos meios para alcançá-los. Os princípios que orientam a escolha dos fins e dos meios condicionam todos os outros aspectos do desenvolvimento e, nesse sentido, a ética do desenvolvimento se justificaria como campo interdisciplinar de estudos sobre o desenvolvi-

34 CHAVES, Rossi Henrique Soares. Ética do Desenvolvimento: estudo a partir de textos selecionados de Louis-Joseph Lebret e Deniss Goulet. In: **Revista brasileira de iniciação científica**. Vol. 3, nº 1. Itapetinga, 2016. Disponível em: <<http://itp.ifsp.edu.br/ojs/index.php/IC/article/view/63/389>>. Acesso em 16 de setembro de 2017.

mento. Desse grupo de estudiosos o referido autor destaca o trabalho do professor Denis Goulet, pois foi dele a iniciativa de formular uma proposta para uma disciplina teórica denominada Ética do Desenvolvimento. Entre as suas principais influências teóricas, pode-se citar entre outros, pensadores como Gandhi, Lebret, Gunnar Myrdal e Erich Fromm.

A ética do desenvolvimento é, portanto, uma ideia que visa conferir humanização sobre a técnica fria do planejamento urbano, de modo que sempre se coloque no centro das realizações urbanísticas a promoção do valor ‘dignidade da pessoa humana’.

6. Existe uma ética urbana?

Consta em documento do grupo de trabalho ‘Ética Urbana’, da Ludwig-Maxmilians Universität München, que os moradores urbanos em um número cada vez maior de campos sociais estão buscando novas respostas criativas para o velho questionamento: “como se deve viver nas cidades?”. A partir das observações deste grupo, eles chegaram à conclusão que nas duas últimas décadas esta questão tem sido cada vez mais ligada a outras, sendo a principal delas, a que diz respeito a boas e adequadas formas de vida na cidade, ou seja, questões éticas. No estudo destas questões éticas, é

possível destacar os seguintes aspectos: a) disponibilidade e a acessibilidade da habitação; b) ecologia nas cidades; c) uso econômico dos recursos naturais; d) preservar de edifícios históricos e das histórias que eles nos lembram; e) avaliação da diversidade e heterogeneidade na vida cotidiana urbana, ou seja, novas formas de organização em comunidade. O fato é que, dificilmente existe um campo de vida urbana ou política que não se tornou assunto de problematização ética. Compreende-se, portanto, a ética como a negociação da boa e adequada conduta da vida, que os moradores urbanos se envolvem tanto por meio de debates como por sua ação intencional no cotidiano³⁵.

Neste sentido, a ética urbana é parte de uma dinâmica onde o cidadão não deve se comportar apenas como espectador ou apenas como o destinatário das ações ou

35 Tradução livre de: "Urban Ethics. "How should one live in the city?". Urban dwellers in a growing number of social fields are looking for new creative answers to this age-old question. Judging from our observations, over the past two decades this question has been increasingly linked to questions concerning what constitutes good and proper ways of living in the city, i.e. ethical issues: Whether availability and affordability of housing, ecology, the economical use of natural resources, how to deal with historic buildings and the stories they remind us of, the evaluation of diversity and heterogeneity in the urban everyday life, or new forms of communal organisation, there is hardly a field of city life or politics which has not become the subject of ethical problematisation! We thus understand ethics as the negotiation of the good and proper conduct of life, which urban dwellers engage in both through debates and through their purposive action in everyday life". (LUDWIG-MAXIMILIANS UNIVERSITÄT MÜNCHEN. **Urban ethics**. Disponível em: <<http://www.en.urbane-ethiken.uni-muenchen.de/urban-ethics/index.html>>. Acesso em 16 de setembro de 2017).

das omissões do Poder Público, em relação às políticas urbanas nos municípios correspondentes. O agir transformador que se espera, especialmente nas cidades brasileiras, deve perpassar por uma atuação coordenada entre diferentes atores, públicos e privados: União, Estados, Municípios, empresas e população em geral, todos comprometidos com a efetivação do modelo de um Estado (democrático) de direito urbanístico.

Como ensina Laécio Noronha Xavier, o homem, o ser político, é o indivíduo universal e afirmador incondicional da liberdade e, do respeito dentro das contingências específicas de sua situação sócio-histórica. O todo a partir do qual se torna possível a afirmação do homem como liberdade num determinado contexto é o que, ocidentalmente, chamamos 'direito'. A tarefa fundamental da sociedade política é o estabelecimento do universal jurídico, o que torna possível a passagem do indivíduo a sujeito universal, mediada pela liberdade. O direito é a expressão da razão enquanto consciência do todo como *ethos* de determinado corpo social. É isso que cria propriamente a ordem, os valores e os costumes como uma comunhão de liberdades, à medida que os homens, mutuamente, se reconhecem como portadores

iguais de dignidade inalienável³⁶.

Este mesmo artigo destaca que aceitamos o relativismo moral e cultural, mas não o total relativismo ético. Os direitos de igualdade e liberdade historicamente conquistadas valem para todos os indivíduos e grupos do mundo. A questão fundamental da ética abrange a vida humana e, sobretudo, as questões de convivência humana. Todo e qualquer movimento ético deve ser, acima de tudo, a busca de estruturas novas que possam gerar uma sociedade minimamente justa. Diferentes formas de movimento social tentam reconstruir o ético, primeiramente se indignando com a perspectiva hegemônica vigente, em que vale é o utilitário, e em que, de inclusive, é possível passar por cima de direitos fundamentais da pessoa humana, porque eles não interessam ao processo maior da acumulação de riquezas. Ao lançar questões e reflexões na sociedade que não são mais provenientes do *ethos* vigente, os cidadãos e os movimentos sociais de diferentes matizes abrem uma nova perspectiva para o agir ético³⁷.

A ética sempre está associada ao comportamento humano.

36 XAVIER, Laécio Noronha. Cidadania, direito, liberdade e nova ética urbana. In: **Revista direito e liberdade**. Vol. 1. Nº 1. Julho/Dezembro 2005, págs. 285-306. Mossoró: ESMARN, 2005.

37 XAVIER, Laécio Noronha. Cidadania, direito, liberdade e nova ética urbana. In: **Revista direito e liberdade**. Vol. 1. Nº 1. Julho/Dezembro 2005, págs. 285-306. Mossoró: ESMARN, 2005.

Neste sentido, a ética urbana guarda íntima relação com os deveres de atuação do Poder de Público (através d seus gestores) e dos cidadãos (deveres de cidadania), de modo que através da atuação conjunta destas forças se extraia o poder de realizações de prestações materiais, de atuações políticas, de acesso equitativo a bens, equipamentos e serviços públicos, entre outros aspectos de um desenvolvimento social e econômico satisfatório e impulsionador da qualidade de vida urbana.

7. Conclusões

Neste breve ensaio jurídico, conheceu-se um pouco do debate que permeia a ética do desenvolvimento e a ética urbana como condições mais que necessárias para a construção do modelo de cidades sustentáveis, nos moldes da definição constante do artigo 2º, inciso do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).

A política urbana brasileira, estruturada a partir do Texto Constitucional de 1988, tem por fim ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Para que tal objetivo seja alcançado, o Estado brasileiro, em suas múltiplas esferas de competência, segundo os diversos entes federados, deve

atuar de modo que os espaços urbanos, além de interconectados (física, social ou economicamente) sejam capazes de gerar unidade territorial, indispensável para realização de quaisquer políticas públicas.

O artigo 182 da Constituição brasileira é claro ao definir que a política de desenvolvimento urbano tem como principal objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo-se, com esta realização, o bem-estar de seus habitantes. Este é o principal objetivo, em síntese, da política urbana: garantir um espaço urbano ordenado (planejado) que possa criar as condições necessárias à fruição de direitos básicos e fundamentais para o maior número de pessoas (habitantes) possível, pensando-se sempre no universo de todos os cidadãos.

Para que estes objetivos possam ser alcançados é necessário o envolvimento do Poder Público, em todas as suas esferas e níveis federativos e da coletividade, de modo que esta atuação concertada possa criar um quadro de estruturas sociais e econômicas e infraestruturas físicas, que auxiliem e/ou promovam os valores e transformações que se esperam no espaço urbano.

Nesta direção, vale destacar que a legislação brasileira entende cidades sustentáveis como cidades que vão além, na

tarefa de garantir um meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado e sadio. Cidades sustentáveis são aquelas que viabilizam o acesso à terra urbana, à moradia digna, a transportes públicos regulares e eficientes, a condições para ingresso no mercado de trabalho, entre outras variantes.

Em outras palavras, cidades sustentáveis geram sustentabilidade social, econômica e ambiental aos seus habitantes. São cidades que não apenas crescem, mas que se desenvolvem, na medida em que gera desenvolvimento para seus habitantes. Desenvolvimento, neste sentido, deve ser entendido como aquele capaz de transformar ou de lapidar as capacidades humanas, a ponto de permitir aos indivíduos conquistar o espaço que merecem e que precisam para elevar seu padrão de vida ao *status* mínimo de dignidade humana que a dogmática jurídica reconhece.

Diante de tudo que fora tratado até então, percebe-se que um novo modelo de atuações públicas, ou melhor, de gestão pública, se impõe: trata-se da perspectiva real de atuações éticas, fundada em compromissos sociais que decorrem do próprio Texto Constitucional brasileiro. As abstrações jurídicas, que repousam em discursos programáticos precisam partir para um nível de realizações que seja apto a conferir força normativa aos preceitos e princípios constitucionais. Só assim teremos um quadro de realizações que permitirá

romper-se com os sofismas e utopias que afastam, a cada dia, a realidade da sustentabilidade social e econômica nas cidades brasileiras.

Referências

AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BENTO XVI. **Carta Encíclica Caritas in Veritate**. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

ato2015-2018/2015/lei/113089.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

CHAVES, Rossi Henrique Soares. Ética do Desenvolvimento: estudo a partir de textos selecionados de Louis-Joseph Lebret e Deniss Goulet. In: **Revista brasileira de iniciação científica**. Vol. 3, n^o 1. Itapetinga, 2016. Disponível em: <<http://itp.ifsp.edu.br/ojs/index.php/IC/article/view/63/389>>. Acesso em 16 de setembro de 2017.

CORTELLA, Mário Sérgio. **Qual é a tua obra?** Inquietações, propositivas sobre gestão, liderança e ética. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUDWIG-MAXIMILIANS UNIVERSITÄT MÜNCHEN. **Urban ethics**. Disponível em: <<http://www.en.urbane-ethiken.uni-muenchen.de/urban-ethics/index.html>>. Acesso em 16 de setembro de 2017

ONU. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em 09 de setembro de 2017.

ONU. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil (PNUD)**. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio. Plano diretor e gestão democrática da cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (org.). **Reforma urbana e gestão democrática:**

premissas e desafios do estatuto da cidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2012

XAVIER, Laécio Noronha. Cidadania, direito, liberdade e nova ética urbana. In: **Revista direito e liberdade**. Vol. 1. N° 1. Julho/Dezembro 2005, págs. 285-306. Mossoró: ESMARN, 2005.