

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL



EJESC



UNIVALI



TRE-SC

Resenha Eleitoral

Florianópolis

vol. 20, n.1

julho 2016

Resenha Eleitoral: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina
Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. v. 20, n. 1 (2016) -.
Florianópolis: TRE, 2016.

Semestral
ISSN 0104-6152

Continuação de: Resenha Eleitoral (1949-1951)

1. Direito Eleitoral 2. Direito Constitucional 3. Direito Administrativo
4. Ciência Política
I. Santa Catarina. Tribunal Regional Eleitoral.

CDU 342.8(816.4)(05)

Bibliotecária: Jociane Gonçalves CRB 14-827

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL

RESENHA ELEITORAL

ISSN 0104-6152

Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

Rua Esteves Júnior, 68 - Centro

Florianópolis (SC) - CEP 88015-130

Fone: (48) 3251-3892

Contato: *resenha@tre-sc.jus.br*

Presidente

Desembargador Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJESC)

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Vice-Diretor da EJESC e Diretor-Geral da Secretaria do TRESC

Sérgio Manoel Martins

Titular da Divisão de Formação e

Aperfeiçoamento de Magistrados da EJESC

Juiz Fernando Vieira Luiz

Titular da Divisão de Formação e

Aperfeiçoamento de Servidores da EJESC

Vera Lúcia Dias Lopes

Editor da revista

Isabella Bertoncini

Editores executivos

Daniel Schaeffer Sell

Edmar Sá

Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira

Monique Pitsica

Identidade visual e comunicação

Ana Patrícia Tancredo Gonçalves Petrelli

Jairo Ângelo Grisa

Anderson Cardoso Rubin

Luiza Cunha Marques Vieira

Revisão

Clarissa Mont'Alvão Fialho

Projeto gráfico e diagramação

Rodrigo Camargo Piva

Silvana Helena Vasconcellos Garcia Deitos

Apoio

Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ)

Tradução

Morgana Padoin

Conselho Editorial

Alexandre Moraes da Rosa (UFSC/UNIVALI)

Ángel Ricardo Oquendo (University of Connecticut/EUA)

Cesar Luiz Pasold (UNIVALI)

Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC)

Eduardo de Avelar Lamy (UFSC)

Francisco Rodrigues de Oliveira Neto (UFSC/UNIVALI)

João Batista Lazzari (ESMAFE-PR/ESMAFE-RS)

José Isaac Pilati (UFSC)

Lédio Rosa de Andrade (UFSC)

Luiz Magno Pinto Bastos Junior (UNIVALI)

Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI)

Paulo Márcio da Cruz (UNIVALI)

Paulo de Tarso Brandão (UNIVALI)

Pedro Manoel Abreu (UNIVALI)

Pedro Miranda de Oliveira (UFSC)

Sérgio Roberto Baasch Luz (UNIVALI)

Sumário

ARTIGOS

- 9 **A democracia contemporânea e os sinais do seu desgaste: um estudo com aportes na doutrina Luigi Ferrajoli para o delineamento de um possível caminho a seguir**
Maurizio Oliviero
Pablo Franciano Steffen
Daniel Mayerle
- 39 **Semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la Reforma Constitucional Argentina de 1994**
Marcelo Alberto López Alfonsín
Ariela Schnitmann
- 75 **Dos danos sociais**
Reis Friede
Luciano Aragão
- 103 **Participação e informação como pressupostos de democracia**
Felipe Wildi Varela
Pedro Manoel Abreu
- 123 **Sustentabilidade: nova percepção jurídica e os reflexos de sua aplicabilidade no cotidiano da Administração Pública**
Karine Borges de Liz
Raulino Jacó Brüning
- 153 **A mulher e sua efetiva participação política no Estado Democrático de Direito**
Elizete Lanzoni Alves
- 171 **A tutela provisória do processo eleitoral no novo Código de Processo Civil**
Oscar Valente Cardoso
- 201 **A possibilidade da educação jurídica numa perspectiva humanista**
Sirlane Melo

Apresentação

Revigorada, reformulada e reafirmada como instrumento permanente de aperfeiçoamento cultural, a Escola Judicial Eleitoral de Santa Catarina (EJESC) lança-se a mais um desafio, fruto do trabalho incansável de seu corpo diretivo: o de recuperar a sua outrora prestigiada Revista Jurídica, intitulada de *Resenha Eleitoral*, conferindo-lhe indispensável cientificidade, na perspectiva elevada do incentivo à pesquisa e à formação para a cidadania.

Este vigésimo volume – que se oferece à comunidade política, aos cultores do direito e à sociedade em geral – é composto por artigos de autores admirados, nacionais e estrangeiros, desenvolvidos com o viés acadêmico, como meio de fomentar o pensamento crítico e inspirar novas participações, cumprindo o desafio de transformá-la em veículo democrático de divulgação do conhecimento científico.

Fortemente inspirada nos ideais republicanos e democráticos que a todos animam, a revista ressurge comprometida com atuação em grau de excelência, trazendo à luz das consciências artigos dos mais diversos temas, fugindo da redoma reducionista da especialização do conhecimento, abrindo horizontes, antes de estreitar caminhos.

Para esta edição, a revista *Resenha Eleitoral*, que passa a contar com nova identidade visual, buscou também atualizar-se, focada na convergência entre teoria e prática, inovação e atualidade, conteúdo e funcionalidade, o que traduz propriamente a sua missão enquanto obra jurídica disseminadora da boa nova.

Participam desse desafio, com inestimável contribuição, professores e pesquisadores dos mais aplaudidos, com artigos de destacada atualidade, verdadeira homenagem ao Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

A esses homens públicos por excelência, que se dedicam ao ensino e à pesquisa, os sinceros agradecimentos da nossa Corte de Justiça Eleitoral, o que se faz extensivo aos indispensáveis parceiros institucionais, Universidade do Vale do Itajaí e Academia de Letras Jurídicas.

Aos leitores, a esperança de vê-los em breve, como colaboradores.

Desembargador Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu
Presidente do TRESA

A Democracia Contemporânea e os Sinais do seu Desgaste: um estudo com aportes na doutrina Luigi Ferrajoli para o delineamento de um possível caminho a seguir

The Contemporary Democracy and the Sign of its Erosion: a study with the contribution of Luigi Ferrajoli doctrine outlining a possible way forward

Maurizio Oliviero

Pablo Franciano Steffen

Daniel Mayerle

Resumo: Este artigo apresenta uma breve abordagem sobre a crise da democracia contemporânea e a sua relação com o fenômeno da transnacionalidade, com o propósito de oferecer uma visão sintética, mas clara, dos principais fatores que tornam a democracia clássica insuficiente para dar respostas adequadas aos novos desafios engendrados pela sociedade global do século XXI. Para tanto, a pesquisa traz uma noção dos principais problemas enfrentados pela democracia atualmente e os fatores que, segundo o garantismo, denotam uma crise democrática, para na sequência, evidenciar qual a importância e a função da ordem democrática nas sociedades atuais, para então, a partir destas compreensões, refletir sobre as possibilidades de reorientação do modelo democrático atual, com uma aposta em um arquétipo participativo e pluralista, que privilegie a participação popular, transcendendo assim a democracia representativa clássica. O método utilizado na abordagem foi o método indutivo. O método de procedimento foi o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica de fontes secundárias. A revisão bibliográfica foi compilada em obras doutrinárias.

Palavras-chave: Crise. Democracia. Democracia Participativa. Garantismo. Transnacionalidade.

Abstract: This article gives a brief overview on the contemporary democracy crisis and its relation to the phenomenon of transnationality, with the purpose to offer a summary view, but clear, of the main factors making the classical democracy insufficient to provide suitable responses to the new challenges posed by the 21st Century global society. For this purpose, the research leads to the notion of the major issues confronting democracy currently whose factors, according to the garantism, show a democratic crisis, as a result, to identify the importance of democratic order and its function in today's societies, and then from these understandings to think over the possibilities of the current democratic model reorientation through a participatory and participative archetype, focusing on a popular participation, transcending the classic representative democracy. The approach used was inductive method. The procedures were monographic method. The research technique used was bibliographic from secondary sources. The bibliographic review was compiled on text books.

Keywords: Crisis. Democracy. Participatory Democracy. Garantism. Transnationality.

1 Introdução

O presente estudo tem por finalidade demonstrar a existência de uma crise na democracia contemporânea, externando os principais fatores que deram azo a tal colapso democrático, para, a partir de então, discutir qual a finalidade da democracia nos dias atuais e quais os caminhos a adotar para a implementação de tal ideário.

Para tanto, principia-se externando a importância da democracia na promoção do pleno desenvolvimento da sociedade ¹ e seus indivíduos; em sequência denota os principais fatores que indicam que a democracia atual passa por uma crise (dentre eles, o fenômeno da transnacionalidade com a consequente erosão das fronteiras dos Estados) e a flagrante rapidez com que o capital e as pessoas conseguem movimentar-se pelo globo, fatores esses que conjugados a outros concedem às forças do mercado capitalista um poder e uma influência contra os quais a democracia representativa clássica não consegue fazer frente, de forma que os valores do mercado acabam por preponderar sobre os valores democráticos.

Na sequência, discute-se qual é a função da democracia no século XXI, ou seja, se ela tem a função de mera conservação do Estado (autopoiese) – sendo este um fim em si próprio, ou se ela é um instrumento que se presta a realizar certos fins idealizados pela sociedade (heteropoiese) – sendo o Estado erigido a partir da ordem democrática a uma ferramenta para a edificação de tais valores.

Após, tendo-se em mira que o Estado que se deseja é do tipo heteropoiético, com apoio na doutrina do garantismo jurídico, divide-se a democracia em dois grandes grupos (democracia formal e democracia substancial): um destinado a reunir os regimes ditos democráticos, cujo respeito aos procedimentos estatuídos é suficiente para introduzir regras no ordenamento, independente de seu conteúdo; e o outro grupo de regimes que, além do respeito às formas, também se preocupa com a

¹ “[...] se a Categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria SOCIEDADE ser grafada com a letra E em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (destaques no original).

coerência dos conteúdos normativos com valores da sociedade, os quais são a sua razão de ser.

Ao final, visando as premissas anteriormente delineadas, procura-se esboçar uma proposta de caminho para a reorientação da democracia no século XXI, a fim de que ela possa ajustar-se à estrutura cada vez mais complexa, veloz e mutável da sociedade transnacional atual, de forma que novamente corresponda aos anseios sociais.

Nesse desiderato, aposta-se num modelo democrático participativo, que possa romper o paradigma da simples democracia representativa, a qual nos dias de hoje, além de não representar adequadamente as aspirações dos habitantes de uma dada coletividade, também não consegue fazer freio aos interesses do capital, que muitas vezes acaba preponderando sobre o bem comum.

Tal modelo participativo de democracia (pluralismo democrático), seria então uma forma de envolver no debate democrático não só aqueles legitimados pelo sufrágio, mas também outros setores da sociedade, dando voz e vez a outros nichos sociais que nem sempre têm oportunidade de externar seu pensamento, a fim de que todos, em conjunto, possam então discutir e afinar seus pontos de vista, de maneira a se extrair um consenso mais real e justo sobre o que é bom ou ruim para a sociedade no século XXI.

2 A crise da democracia contemporânea e a transnacionalidade

A democracia contemporânea ² pode ser definida de forma singela como o “[...] regime político que estabelece igualdade perante a lei, resguarda os direitos individuais e sociais e assegura o poder à maioria da Nação que se manifesta através do processo eleitoral” (MELO, 1978,

² Aqui não serão abordadas e aprofundadas as diferentes correntes teóricas da democracia contemporânea (teoria democrática competitiva [elitista, pluralista], teoria democrática popular [participacionista, deliberacionista], etc.), posto não ser este o mote do presente estudo. Todavia, para uma visão panorâmica sobre tais correntes sugere-se a leitura do seguinte artigo: SILVA, Denilson. et. al.. *Teoria democrática contemporânea: Modelo Democrático Competitivo e Modelo Democrático Popular*. Em Tese. Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC. v. 10, n. 1. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2013v10n1p1/27243>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

p. 32) ³, ou seja, é o sistema de governo que procura assegurar o bem comum ⁴ através do consenso entre os habitantes de um dado Estado ⁵.

Tal sistema é visto por muitos como o melhor regime de governo, na medida em que outros sistemas políticos, além de não proporcionarem ambiente propício para que os homens desenvolvam plenamente o seu potencial, também reduzem significativamente o campo de ação dos indivíduos para proteger os próprios interesses e os de terceiros ⁶, diminuindo assim, a esfera de responsabilidade do indivíduo. “Um governo democrático não basta para garantir que essas características se desenvolvam, mas é essencial.” (DAHL, 2009, p. 69). ⁷

Desta sorte, o paradigma reinante no mundo ocidental, tendo como pontos de partida a revolução francesa e a revolução americana, é o chamado Estado Constitucional Moderno, o qual tem como pilares fundamentais “a soberania assentada sobre um território, a tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa. (CRUZ et al., 2010, p. 56). ⁸

³ MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de direito político*. Rio de Janeiro: Forense. 1978, p. 32.

⁴ Aristóteles, todavia, já observava que “[...] Não se deve, como costumavam fazer certas pessoas, definir simplesmente a democracia como o governo em que a maioria domina. [...]. Portanto, deve-se antes chamar de democracia o Estado que os homens livres governam [...]”. (ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 94, 105 e 106. Título Original: *La politique*).

⁵ “A democracia é, sobretudo, um caminho: o da progressão para a liberdade.”. (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.19.).

⁶ “Ao nascer, a maioria dos seres humanos possui o potencial para desenvolver várias características. Esse desenvolvimento depende de inúmeras circunstâncias, entre as quais a natureza do sistema político em que a pessoa vive. Apenas sistemas democráticos proporcionam as condições sob as quais essas características têm probabilidade de se desenvolver plenamente. Todos os outros regimes reduzem, em geral drasticamente, o campo em que os adultos podem agir para proteger os seus próprios interesses, levar em conta os interesses dos outros, assumir a responsabilidade por decisões importantes e emprenhar-se livremente com outros na busca pela melhor decisão.”. (DAHL, Robert. *Sobre Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, p.69).

⁷ DAHL, *Idem*. p.69.

⁸ CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. *A Transnacionalidade e a emergência do Direito e do Estado Transnacionais*, in *Direito e Transnacionalidade*, Curitiba: Juruá, 2010, p. 56.

Ocorre, todavia, que presentemente tais pilares restam abalados pelo que se convencionou chamar de transnacionalização ⁹, fenômeno pelo qual, por meio da hegemonia do modelo capitalista, e a sucessiva intensificação o comércio internacional, operou-se certa desterritorialização das fronteiras, com um conseqüente abrandamento da soberania Estatal ¹⁰, o que fez surgir, à margem das legislações internas de cada Estado, um outro tipo de ordenamento jurídico (*lex mercatória, soft law, etc.*) ¹¹, o qual não é controlado pelo monopólio estatal nem tão pouco respeita as fronteiras. ¹²

Tal realidade fez com que os Estados-Nação perdessem “[...] boa parte de sua soberania, abalada pela dinâmica dos fluxos globais e das redes de riqueza, informação e poder transorganizacionais.”(CASTELLS, 1999, p. 401). ¹³, o que acaba por redundar numa espécie de crise de legitimidade, pois com tal quadro os Estados não conseguem mais dar conta dos seus compromissos sociais, em razão da preeminência dos

⁹ “[...] transnacional é concebido como aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por conseqüência, a ausência da dicotomia público e privado [...]”. (STELZER, Joana. *O fenômeno da Transnacionalidade da dimensão jurídica*. in: CRUZ, Paulo Márcio. *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.).

¹⁰ “Enquanto globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio. (STELZER, *Idem*, p. 21).

¹¹ “Seu núcleo continua sendo a sociedade internacional de Estados soberanos, pluralisticamente segmentada, que cria direito internacional (via costumes e tratados) baseados no consentimento. Sobrepostos a isto há regimes jurídicos e políticos e IGGs [Instituições de Governança Global] dos subsistemas globais da sociedade mundial que são funcionalmente diferenciadas, e cujas estruturas institucionais, órgãos decisórios, e regras obrigatórias têm adquirido uma autonomia expressiva com relação aos seus Estados-membros e com relação uns aos outros.” (COHEN, Jean. *Globalization and sovereignty: rethinking legality, legitimacy and constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 311).

¹² STELZER, *Idem*, p. 16.

¹³ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 401.

entes capitalistas privados sobre os interesses estatais ¹⁴, os quais sempre que podem tentam movimentar o poder estatal em benefício próprio ¹⁵.

Destarte, tem-se então que “o conceito de “bem comum” ou de “interesse da maioria” está sendo esquecido e hoje prevalecem os interesses particulares, parciais” ¹⁶, pois o capitalismo formou uma tecnoestrutura que está baseada em um sistema mundial assentado sobre cinco monopólios (o monopólio das finanças, o tecnológico, o energético, o da comunicação e o monopólio militar); desta forma, o Poder Público não consegue “atuar para impedir que esta tecnoestrutura mundial concentre riqueza e ameace a própria vida no planeta.” (FERRER et. al., 2008 , p. 13). ¹⁷

Neste cenário, a atual democracia contemporânea não mais se presta a proteger o indivíduo da opressão, mas apresenta-se como “um instrumento de legitimação das injustiças sociais, assim como eram aqueles instrumentos presentes no Estado Absoluto e no Estado Feudal.” ¹⁸

Notável, portanto, que a transnacionalização tem como força motriz principal o comércio internacional, o qual, como já dito, sempre busca privilegiar os próprios interesses, mesmo que isso signifique sacrificar o bem comum ¹⁹; nesta paisagem, a democracia é reduzida a mero

¹⁴ “Um componente essencial dessa crise de legitimidade consiste na incapacidade de o Estado cumprir com seus compromissos como Estado do bem-estar social, dada a integração da produção e do consumo em um sistema globalmente interdependente, e os respectivos processos de reestruturação do capitalismo.” (CASTELLS, *Idem*, p. 401)

¹⁵ “Por mais de um século, aqueles a quem Adam Smith chamou “os principais arquitetos da política” – em seus dias, os “mercadores e manufatureiros” da Inglaterra e, em nossos, seus herdeiros – procuraram refrear a democracia e os direitos humanos, desprezando mercados, exceto quando eles concediam vantagens. Como nos dias de Smith, eles naturalmente tentam mobilizar o poder do Estado para assegurar que seus próprios interesses “são mais atendidos”, embora sejam revoltantes.”. (CHOMSKY, Noam. *Os Caminhos do Poder*. Reflexões sobre a natureza humana e a desordem social. Trad. Elisabete Lacerda. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1996. p. 73).

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul. 2009, p. 17.

¹⁷ FERRER, Gabriel Real. CRUZ, Paulo Márcio. *A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica*. Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ. Vol. 13. n. 2. jul-dez 2008, p. 13.

¹⁸ CRUZ, *Idem*, p. 06.

¹⁹ “A globalização está se convertendo na essência de um novo Direito Econômico Internacional, o qual suprime a participação democrática em benefício de um desca-

legitimador dos desejos do mercado internacional, o que asfixia as potencialidades mais nobres que tal sistema poderia engendrar na sociedade ²⁰.

Destaque-se ainda que mesmo naquelas questões nas quais as decisões são tomadas diretamente pelos indivíduos (democracia direta), o controle democrático exercido por estes é também bastante reduzido, pois não se pode olvidar que o sistema capitalista (que controla a mídia e a política) manipula as massas ²¹ para que as suas decisões sejam aquelas que melhor atendam aos seus velados interesses ²².

Dessarte, tem-se então que “hoje nos encontramos frente a uma verdadeira crise das formas tradicionais da Democracia Representativa, que pode traduzir-se (ou que já se traduz) na rejeição das instituições por

rado decisionismo tecnocrático.” (CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(2):96-111. jul.-dez. 2010, p. 100).

²⁰ “Reduzindo-se a legitimação da Democracia à “tecnocracia do tipo médio”, como ocorre nos Estados Unidos, estar-se-á cortando seus suprimentos mais vitais e também as potencialidades de suas diversas iniciativas.” (CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Idem*, p. 104).

²¹ “[...] devemos ser cautelosos ao ceder a legitimidade da democracia para sistemas não democráticos. No decurso deste século, nós já testemunhamos muitas tentativas de encobrir sistemas não democráticos no manto da democracia. [...] Todos estes foram na verdade formas não democráticas de regimes burocráticos, hierárquicos ou autoritários. Se as organizações internacionais não são democráticas, não somos obrigados a falar a verdade sobre elas?”. (DAHL, Robert. *Can international organizations be democratic? A skeptic view*. In: SHAPIRO, I. HACKER CORDÓN, C. (Ed.). *Democracy’s Edges*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 33-34).

²² “La segunda consecuencia importante de esa organización de la sociedad es que el ámbito de las decisiones sujetas, en teoría, al menos, al control democrático popular es muy reducido. [...] Y la tercera consecuencia importante es que, incluso dentro del reducido ámbito de las cuestiones que se hallan sometidas, en principio, a la toma de decisiones democrática, los centros privados de poder pueden ejercer, como bien sabemos, una influencia desproporcionadamente grande utilizando métodos que resultan obvios, como el control de los medios de comunicación o de las organizaciones políticas [...] En el mejor de los casos el sistema democrático tiene un ámbito de actuación muy reducido en la democracia capitalista, e incluso dentro de ese ámbito tan reducido su funcionamiento e se ve tremendamente obstaculizado por las concentraciones de poder privado y por las maneras de pensar autoritarias y pasivas que inducen a adoptar las instituciones autocráticas, como las industrias. [...]” (Chomsky, Noam. *El gobierno en el futuro*. 2. ed. Tradução Francesc Roca. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010, p. 48/50).

parte dos cidadãos”²³, fato esse que urgentemente clama por uma reflexão sobre o atual cenário mundial e sobre as qualidades que o sistema democrático contemporâneo deve ter, a fim de superar o atual modelo de concentração de riquezas e exclusão social²⁴.

É inegável que a democracia contemporânea teve o grande mérito de livrar várias nações de sistemas autocráticos, substituindo-os por mandatários eleitos, todavia, tal transição não conclui a tarefa democrática²⁵, a qual precisa ser relegitimada através de uma reorientação²⁶ que possa dar conta de mediar os conflitos entre os interesses do capital internacional e os anseios sociais, para que consiga, de fato, um “upgrade civilizatório”, pois “as últimas gerações humanas são devedoras de um efetivo novo avanço do que se pode chamar de um mundo solidário e humanizado.”(FERRER et al, 2010, p.12).²⁷

3 Os fatores que também denotam a crise da democracia contemporânea segundo o garantismo jurídico

O termo garantismo pode ter muitas acepções, mas o sentido corrente²⁸ da expressão garantismo é aquele cunhado pelo jusfilósofo Luigi Ferrajoli²⁹, professor da universidade de Roma III, na Itália, mais

²³ CRUZ, *Idem idem*, p. 19.

²⁴ CRUZ, *Idem*, p. 06.

²⁵ A “transição de regimes autoritários para governos eleitos democraticamente não encerra a tarefa da construção democrática.” (STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 114).

²⁶ “[...] a teoria da Democracia não tem de ser necessariamente reinventada, mas certamente tem de ser re-orientada [...]”(CRUZ, *Bis idem, idem*, p. 05).

²⁷ FERRER, Gabriel Real. CRUZ, Paulo Márcio. *Idem*, p. 12.

²⁸ TRINDADE, André Karam. *Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli*: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca, v. 5, n. 1, 2012, ISSN: 1983-4225, p. 03/04.

²⁹ LUCIA, Paolo Di. Para uma completa nota bibliográfica sobre a vida e as obras de Luigi Ferrajoli vide a seguinte obra: *Assiomatica del Normativo*. Filosofia Critica del Diritto in Luigi Ferrajoli. LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, p. 318-2011, ISBN 978-88-7916-464-1.

precisamente a partir da publicação da obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* ³⁰, em 1989.

Na aludida obra, e convergindo com o até então esposado, o autor também chama a atenção para três fatores que, até nas nações de mais avançada democracia, denotam uma crise crescente vivida pelo direito (a crise de legalidade, a inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do *Welfare State* e a crise do Estado Social, manifestada pelo deslocamento dos lugares de soberania) ³¹.

Segundo Ferrajoli (1997), o primeiro aspecto que evidencia a assinalada crise é o colapso da legalidade, posto que o valor vinculativo das regras pelos ocupantes dos poderes públicos é cada vez menor, descambando, inelutavelmente, em ilegalidades, ou seja, na “na progressiva erosão do valor das regras do jogo institucional e do conjunto dos limites e dos vínculos por elas impostos ao exercício do poder público.”(FERRAJOLI, 1997, p. 89). ³²

Já o segundo aspecto da crise, diz respeito à inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do *Welfare State*, ou seja, com a crise do Estado Social, no qual o poder público, além de impor uma série de limites e de proibições, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades dos cidadãos (Estado de Direito clássico), também precisa satisfazer os chamados direitos sociais mediante prestações positivas (estas geralmente discricionárias ou eventuais), abre-se margem para a desigualdade e a seletividade, eis que a abstração da lei perde espaço frente a “leis-providência” e a legislações avulsas ³³, as quais sob

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. In: OLIVEIRA Jr., José Alcebíades, MORATO LEITE, José Rubens (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89/90.

³² FERRAJOLI, *Idem*, p. 89.

³³ Tal desestabilização das leis também é denunciado por DELMAS-MARTY: “As leis já não são feitas para durar; se mudam as condições sociais, cumprirá mudar a lei; o direito social é um direito do qual cada enunciado contém o princípio de sua própria reforma; um direito obsolecente [...] Concepção que põe o direito em interação permanente com o meio social [...]”. (DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2004. – (Justiça e Direito), p. 62).

o pretexto de tutelarem situações emergenciais acabam tornando-se um ambiente propenso a corrupção e ao arbítrio.

O terceiro fator da crise do direito é a transposição dos lugares de soberania, o que no sentir de Ferrajoli enfraquece o constitucionalismo. Tal transposição, como articulado precedentemente, dá-se devido ao fato que, com a crescente integração mundial, os espaços de decisão acabam transferindo-se para fora dos Estados nacionais ³⁴, de maneira que outras fontes de autoridade acabam por ditar as regras que antes eram monopólio da lei. Retirar da lei o monopólio [...] de geração do direito fortalece inevitavelmente a variabilidade das fontes. Não é de espantar, portanto, que a desestabilização do tempo normativo acompanhe o aparecimento e o desenvolvimento de fontes não legislativas. ³⁵

Esse paradigma ³⁶, que também está ligado à crise do Estado Social, no qual fontes normativas nascem sem grandes vinculações com os regramentos constitucionais, acaba por desprestigiar o constitucionalismo ³⁷, pondo assim em cheque a força normativa da constituição ³⁸.

Em suma, segundo o jusfilósofo italiano ³⁹, essa tríade perniciososa ao direito pode tornar-se uma crise da democracia, pois em um cenário

³⁴ Adota-se como conceito operacional de Estado, o proposto por Dallari, como sendo uma “ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49).

³⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e Direito), p. 71.

³⁶ Como conceito operacional da categoria ‘paradigma’ se adotará a seguinte definição: “É a representação de um padrão a ser seguido. Para Thomas Kuhn, as realizações científicas que geram modelos que, por período mais ou menos longo e de modo mais ou menos explícito, orientam o desenvolvimento posterior das pesquisas exclusivamente na busca da solução para os problemas por elas suscitados. É aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em indivíduos que partilham um paradigma.”. (JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 4. ed. atual., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 211).

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Caderno de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional. Porto Alegre: Emagis, 2006, p. 05.

³⁹ Tais fatores da crise do direito também são repisados por Ferrajoli em *Principia Iuris*: “Hoy en día, como veremos, estos presupuestos han cambiado en gran parte: por la

no qual o poder público não mais se subsumi à lei, tem-se um terreno fértil para o crescimento do que Ferrajoli chamou de “formas neoabsolutistas de poder público, isentas de limites e de controles e governadas por interesses fortes e ocultos” (FERRAJOLI, 1997, p. 91) ⁴⁰.

Nesta paisagem, na qual o ordenamento jurídico já não é freio para os interesses de terceiros (dentre eles o mercado internacional), onde as garantias dos direitos fundamentais (de liberdade e sociais) restam sensivelmente fragilizadas, ou seja, em um cenário em que as decisões oriundas do seio da democracia representativa parecem carecer de legitimidade, resta bem delineada a necessidade de reorientação do modelo democrático atual, a fim de que o mesmo possa incorporar valores verdadeiramente democráticos ⁴¹.

4 Autopoiese e heteropoiese, a democracia como construção social

A expressão autopoiese [da expressão é grega: *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção).] surgiu originalmente no campo da biologia, nos anos 70, nos trabalhos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Garcia (1997) ⁴², que utilizaram o referido termo para assinalar os elementos distintivos de um sistema vivo e sua estrutu-

ruptura del viejo nexo entre derecho y Estado, que ha resquebrajado la unidad e incrementado la incoherencia y la falta de plenitud de los sistemas y subsistemas jurídicos; por la expansión de los asuntos y materias en los que el derecho interviene o es llamado a intervenir, con razón o sin ella; por el desarrollo de nuevas desigualdades personales de tipo no sólo económico o social, sino también político, ligadas a las diferentes nacionalidades y ciudadanías; por la crisis simultánea de la razón jurídica y política y de la capacidad regulativa del derecho, frente al crecimiento de poderes salvajes extraestatales que escapan a su control y reivindican su carácter no sujeto a reglas. Sin embargo no ha desaparecido sino que ha aumentado la necesidad de un espacio autónomo para la teoría, como lugar de replanteamiento y redefinición de las categorías jurídicas, a la altura de las nuevas formas del poder y de las nuevas funciones del derecho.” (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 04).

⁴⁰ FERRAJOLI, *Idem idem*, p. 91.

⁴¹ CRUZ, *Bis in idem*, p. 17.

⁴² ROMESÍN, Humberto Maturana. GARCIA, Francisco J. Varela. *De máquinas e seres vivos*. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 15-16.

ra, o qual, segundo eles, é autorreprodutiva e autorreferencial ⁴³, posto que sua ordem interna é fruto da interação dos seus próprios elementos.

Tal categoria ⁴⁴, por sua vez, foi importada para o léxico das ciências sociais pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, que utilizou o termo para defender a tese de que o direito retira sua validade de si próprio (autorreferência), e não de seu exterior. (TEUBNER, 1989, p. 2). ⁴⁵

Ferrajoli (2002), por sua vez, também empresta o termo auto-poiese para discutir a dualidade entre as doutrinas que teorizam a função do Estado como fim em si mesmo, e as que defendem ser o Estado um instrumento para a consecução de determinados fins (garantir os direitos fundamentais no caso do garantismo) ⁴⁶.

Assim, são autopoieticas as doutrinas que entendem que o Estado é um fim em si próprio (AGUILERA et al., 2011) ⁴⁷, ou seja, que veem o Estado como uma instituição que tem o direito como meio de reforçamento e conservação. Nessas doutrinas o ordenamento jurídico é visto como instrumento a serviço da conservação Estado, no qual direitos e indivíduos são subordinados ao fim último que é a conservação do Estado.

Já em uma visão heteropoietica, o Estado não é visto como um fim a ser perseguido, mas tido como um instrumento, um meio para a consecução de certos fins idealizados pela ordem constitucional, ou seja,

⁴³ RIBEIRO, Luiz Felipe Brandini. *Uma introdução ao modelo de análise da evolução da paisagem: A AUTOPOIESE GEOMORFOLÓGICA*. Caminhos de Geografia. Uberlândia v. 10, n. 30 Jun/2009. ISSN 1678-6343, p. 183.

⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 73.

⁴⁵ TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 2.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-203-1955-6, p. 706.

⁴⁷ “Para las doctrinas autopoieticas, el Estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse los derechos.” (AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. In: NUEVAS PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.). Universidad Nacional autónoma de México, 2011, ISBN 9786070224898. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Estudos Jurídicos, n. 180. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2977>> . Acesso em: 30 maio 2015, p. 54).

a promoção e a preservação dos direitos e garantias constitucionais (CADEMARTORI, 2006, p. 213) ⁴⁸, os quais devem ser instrumentalizados pelo direito pois o direito “é concebido como um “artifício” criado pelo homem e para o homem, como seu instrumento.” (FERRAJOLI, 2002, p. 707). ⁴⁹

Dentro de uma visão heteropoiética de Estado, este somente se legitima na medida em que efetivamente promove e defende tais direitos e garantias (CARVALHO, 2001, p. 112) ⁵⁰, posto que a aludida legitimação política do Estado e do direito provém de baixo para cima (FERRAJOLI, 2002, p. 707) ⁵¹ (*ex parte populi* (CADEMARTORI, 2006, p. 214) ⁵²), de fora para dentro, ou seja, a partir da sociedade.

Desta sorte, o sistema garantista defende uma justificação heteropoiética do Estado e do direito (FERRAJOLI, 2011, p. 390) ⁵³, na qual a ilegitimidade externa das instituições jurídicas dependerá eminentemente da eficácia com que os aludidos direitos fundamentais sejam cumpridos (AGUILERA, 2011) ⁵⁴. Tal visão heteropoiética do direito e do Estado, permite a primazia do ponto de vista crítico externo, possibilitando a análise dos “perfis de inefetividade, de invalidez, e de injustiça do direito, sem provocar os equívocos e incompreensões, ou pior ainda,

⁴⁸ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 213.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-203-1955-6, p. 707.

⁵⁰ CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 112.

⁵¹ FERRAJOLI, *Idem*, p. 707.

⁵² CADEMARTORI, *Idem*, p. 214.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. *Teoría de la democracia*. 2011, p. 390.

⁵⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. In: NUEVAS PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.). Universidad Nacional autónoma de México, 2011, ISBN 9786070224898. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Estudos Jurídicos, n. 180. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2977>>. Acesso em: 30/05/2015, p. 55.

as falácias ideológicas” (FERRAJOLI, 2011, p. 18) ⁵⁵, densificando o primado dos sujeitos constituintes (ou naturais) sobre os sujeitos artificiais por eles constituídos (dentre eles o Estado). (FERRAJOLI, 2011, p. 384) ⁵⁶.

O ponto de vista externo (CARVALHO, 2001, p. 113) ⁵⁷ reclama, então, “a análise empírica e a crítica política e jurídica dos concretos desvios ou afastamentos de todo o sistema relativamente às suas fontes de legitimação, sejam internas ou externas” (FERRAJOLI, 2002, p. 714) ⁵⁸, pois a denúncia das violações das garantias constitucionais, dos privilégios e das desigualdades sociais, constitui o “motor da luta pelo direito e da transformação jurídica nos distintos níveis do ordenamento: o constitucional, o legislativo e o jurisdicional.” (FERRAJOLI, 2011, p. 98/99). ⁵⁹

Desta forma, o sistema garantista propõe a redefinição do conceito de democracia, chamado então de ‘democracia substancial’ (AGUILERA, 2011) ⁶⁰ (ou social) (CADEMARTORI, 2006, p. 211) ⁶¹, para designar aqueles sistemas políticos cuja razão social é a garantia dos direitos vitais constitucionalmente estipulados (FERRAJOLI, 2011, p.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, 2011, p. 18.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, 2011, p. 384.

⁵⁷ CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 113.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 85-203-1955-6, p. 714.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia.*, 2011, p. 98/99.

⁶⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. In: NUEVAS PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.). Universidad Nacional autónoma de México, 2011, ISBN 9786070224898. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Estudos Jurídicos, n. 180. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2977>>. Acesso em: 30 maio 2015, p. 60.

⁶¹ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 211.

874)⁶², pois em tais sistemas políticos os vínculos substanciais impostos ao legislador infraconstitucional só podem ser os direitos fundamentais tidos como essenciais pela ordem constitucional, e os correspondentes deveres impostos aos poderes públicos ((FERRAJOLI, 2011, p. 877)⁶³, a fim de garantir tais direitos.

Cumpre, então, à teoria do direito, a tarefa de esclarecer e reconstruir essa lógica interna, e a dogmática para a necessária empreitada de identificar as lacunas e contradições existentes no ordenamento existente (FERRAJOLI, 2011, p. 32)⁶⁴, denunciando assim, as veredas ilegítimas empreendidas pela democracia representativa.

5 Da realização dos direitos constitucionais como condição de legitimidade para uma democracia que se pretenda substancial

Uma verdadeira democracia não pode se contentar em somente assegurar o direito à participação política dos indivíduos (MIGLINO, 2010, p. 114)⁶⁵, mas deve ir além, ou seja, deve preocupar-se também em garantir que certos direitos tidos como fundamentais não sejam tolhidos, nem mesmo pela maioria politicamente eleita.

Assim, como dito alhures, introduziu-se a “distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma” (BOBBIO, 1987, p. 157)⁶⁶, assim “enquanto o princípio da maioria nos declara quem decide, o princípio da democracia substancial nos diz o que se deve e o que não se deve decidir” (CADEMARTORI, 2006, p. 232)⁶⁷, ou seja, quais são os espaços normativos que nenhum poder es-

⁶² FERRAJOLI, *Idem idem*, p. 874.

⁶³ FERRAJOLI, *Bis in idem*, p. 877.

⁶⁴ FERRAJOLI, *Bis in idem idem*, p. 32.

⁶⁵ MIGLINO, Arnaldo. *A cor da democracia*. São José/SC: Editora Conceito Editorial. 2010, p. 114.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. (Coleção Pensamento Crítico, v. 69). Tradução de: Stato, governo, società: per una teoria generale della politica.), 14. ed. p. 157.

⁶⁷ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 232.

tatal pode ferir, sob pena subverter a própria ordem democrática (esfera indecidível).

Desta maneira, por maior que seja a maioria alçada ao poder em uma dada democracia, por maior que seja a quantidade de votos que tais governantes tenham alcançado na votação que os elegeu, tal fato não os legitima a invadir os espaços normativos compreendidos na esfera do indecidível, pois a função de tal espaço é justamente proteger a minoria de eventuais tentativas de lesão de seus direitos fundamentais pela maioria. (STRECK, 2003, p. 279).⁶⁸

A fim de evitar-se o menoscabo total da democracia (transformando-a simplesmente a lei do mais forte) (CADEMARTORI, 2006, p. 236)⁶⁹, no qual as forças motrizes do capitalismo mundial ditam livremente as regras, se faz necessária não só uma reorientação (CRUZ, 2009, p. 05)⁷⁰ da ordem democrática atual, que possa dar conta de compatibilizar os interesses capitalistas e os anseios sociais, mas, também, uma rediscussão da questão da soberania, tendo em vista que é cada vez mais evidente que as fronteiras dos Estados não são mais obstáculos nem para o capital e nem para o fluxo de pessoas.

Nesse sentir, o paradigma do Estado Democrático de Direito resta sensivelmente fragilizado quando a fronteira da esfera do indecidível é invadida, posto que essa aguda deslegitimação da ordem democrática, acaba por desaguar no menoscabo das ações políticas (CADEMARTORI, 2006, p. 234)⁷¹, afinal, quanto mais a Constituição é vilipendiada mais ela é desacreditada, podendo-se então chegar a um ponto em que não mais traduza o significado do “pacto social” (ROUSEEAU, 1981, p. 24-25)⁷².

O cenário atual representa uma perigosa chaga no âmago da democracia, pois ele pode acabar por ser o catalisador de processos que

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 – n. 2 - p. 257-301, maio/ago., 2003, p. 279.

⁶⁹ CADEMARTORI, *Idem*, 236.

⁷⁰ CRUZ, *Bis in idem*, p. 05.

⁷¹ CADEMARTORI, *Bis in idem*, p. 234.

⁷² ROUSEEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política*. (traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima). São Paulo: Hemus, 1981, p. 24-25.

levem à ruína da ordem constitucional posta, afinal, quando a população desacredita nos mandamentos mais importantes da ordem democrática⁷³, quando os poderes constituídos agridem, sem o menor pudor, os direitos fundamentais, tem-se a paisagem ideal para que maiorias, com os mais variados interesses, tentem tirar proveito desse momento de instabilidade para se alçarem ao poder ou para tirar alguma vantagem da aludida crise democrática.

Desta feita, para que se consiga tal “upgrade civilizatório” (FERRER et al, 2008, p. 12)⁷⁴, faz-se mister, então, que a democracia se relegitime não só formalmente, mas, principalmente, substancialmente, não só respeitando os direitos fundamentais, mas empenhando-se em não dificultar a sua realização (PRETEROSSO, 2008, p. 317)⁷⁵, ou seja, esforçando-se em realizá-los, pois tais aspectos representam “a condição prévia de uma democracia substancial”. (CADEMARTORI, 2001, p. 180).⁷⁶

6 Qual o caminho seguir para a realização do ideário democrático então?

O modelo democrático a ser perseguido é aquele do tipo heteropoiético, pois o Estado não é um fim em si próprio, mas um meio para a realização dos valores e anseios sociais, afinal “seria um enorme erro ver o Estado Constitucional Moderno como um fim em si mesmo.” (CRUZ, 2009, p. 04).⁷⁷

⁷³ (hoje nos encontramos frente a uma verdadeira crise das formas tradicionais da Democracia Representativa, que pode traduzir-se (ou que já se traduz) na rejeição das instituições por parte dos cidadãos) CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul. 2009, p. 19.

⁷⁴ FERRER, Gabriel Real. CRUZ, Paulo Márcio. *A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica*. Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ. Vol. 13. n. 2. jul-dez 2008, p. 12.

⁷⁵ PRETEROSSO, Geminello. *Principia iuris entre normatividad y poder: SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI*. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 31, 2008, p. 317.

⁷⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 180.

⁷⁷ CRUZ, *Bis in idem*, p. 04.

Neste sentir, deve ficar claro que a democracia representativa não é suficiente para dar conta das atuais demandas sociais (MIGLINO, 2006, p. 14) ⁷⁸, ou seja, o procedimento de eleição dos representantes do povo, por si só, já não garante legitimidade ao governo posto, tendo em vista que este somente se legitima “a partir do modo pelo qual ela trata as pessoas que vivem no seu território – não importa se elas são cidadãs ou titulares de direitos eleitorais ou não.” (CRUZ, 2008, p. 264). ⁷⁹

A validade ⁸⁰ da ordem democrática (para usar a expressão de Ferrajoli, 2011), deve ter, portanto, um duplo viés (formal e substancial/material), na medida em que a democracia atual além de exigir uma adequação procedimental também clama por uma colmatação substancial (CADEMARTORI, 2001, p. 155) ⁸¹, consistente no respeito aos valores sociais (CRUZ, 2009, p. 19). ⁸²

Desta forma, diante deste cenário de crise democrática, a pergunta que fica é qual deve ser a nova roupagem da ordem democrática no mundo transnacional, que seja apta a garantir a evolução da sociedade e a proteção dos direitos fundamentais?

A resposta a tal indagação, todavia, não se encontra acabada, mas em constante formação e mutação (DIAS et al., 2009, p. 41) ⁸³, pois em tempos de transnacionalidade, no qual a informação flui a veloci-

⁷⁸ “A democracia não é apenas procedimento. Antes de tudo, o mesmo princípio dialético procedimental é já um valor que pressupõe a operatividade de outros princípios: liberdade de opinião e de expressão; liberdade de obtenção de informação imparcial e correta; publicidade dos fatos que se referem à esfera pública.” (MIGLINO, Arnaldo. *Democracia não é apenas procedimento*. Trad. Erica Hartmann. Curitiba: Juruá, 2006, p. 14.).

⁷⁹ CRUZ, Paulo Márcio. *Democracia e pós-modernidade*. Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 2, jul./dez., 2008, p. 264.

⁸⁰ “‘Válido’ es el acto formal cuyas formas son todas conformes con las normas formales sobre su formacion y que admite ai menos un significado coerente con todas las normas sustantivas sobre su produccion.” (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, 2011, p. 500).

⁸¹ CADEMARTORI, *Idem*, p. 155.

⁸² “E não deve ser apenas uma legitimação formal, via procedimento. A Democracia é, acima de tudo, um valor de civilização que deve ser permanentemente atualizado.” (CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul., 2009, p. 19).

⁸³ “A democracia é sempre imperfeita e inacabada, pois novos carecimentos vão sempre se colocando e novos desejos e utopias vão se desvelando.” (DIAS, Maria da Graça

dades impressionantes e o fluxo de capital e pessoas é cada vez mais rápido, a ordem democrática deve constantemente adaptar-se (CRUZ et al., 2010, p. 103) ⁸⁴, para acompanhar todos os foros de decisão da vida em sociedade.

Uma das respostas para a assinalada crise poderia ser a aposta no pluralismo democrático, um pluralismo que rompa a simples democracia representativa (CRUZ et al., 2010, p. 110) ⁸⁵, que hoje não dá mais conta de responder aos anseios sociais e fazer frente ao capitalismo global, de maneira a dar voz a outros atores sociais (além dos partidos políticos e do voto) (CRUZ, 2009, p. 18) ⁸⁶, os quais podem contribuir significativamente com a governabilidade democrática, dando legitimidade às decisões tomadas.

Repensar a Democracia neste momento histórico é, portanto, fazê-lo a partir de um pluralismo que possui duas vertentes: a pluralidade de atores em disputa da governabilidade mundial – rompendo o paradigma da endogenia estatal moderna – e a pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e da igualdade, ambas vividas a serviço da diferença. (CRUZ, 2009, p. 05). ⁸⁷

Assim, tal democracia pluralista apostaria em outras formas de participação popular, como “os referendos, as consultas populares, as

dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 41).

⁸⁴ “A Democracia somente pode subsistir, isto é, continuar viva, com processos permanentes de ampliação de democratização.” (CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(2):96-111. Jul.-dez., 2010, p. 103).

⁸⁵ “O monopólio do Estado Constitucional Moderno como única fonte legítima de lealdade política para seus cidadãos começa a ceder seu lugar a um conjunto de identidades políticas mais pluralistas e múltiplas.” (CRUZ et al., *Idem*, p. 110).

⁸⁶ “[...] é preciso considerar a necessidade de um aumento da pluralidade dos processos de associação e representação democráticas por outras formas de associação e por outras formas de participação além dos partidos políticos e do voto.” (CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul., 2009, p. 18).

⁸⁷ CRUZ, *Idem*, p. 05.

assembleias de políticas públicas, as conferências de consenso, as mesas de diálogo e controvérsia, a gestão municipal participativa” (CRUZ, 2008, p. 269) ⁸⁸ etc., as quais seriam acopladas à já institucionalizada democracia representativa. (CRUZ et al., 2010. p. 103). ⁸⁹

É preciso tomar cuidado, entretanto, para que esse alargamento da participação popular seja verdadeiro, ou seja, para que as decisões tomadas nesses fóruns de discussão sejam de fato respeitadas e implementadas sob pena de que as pessoas se desencantem e abandonem o processo. Sobre o tema, Habermas (apud GASPAS, 2013) comenta que o resultado final da participação crescente em iniciativas de cidadãos nos processos democráticos, no mais das vezes, não é bom, pois as pessoas descontentes com a inefetividade em tais foros “zangam-se, protestam, desiludem-se e voltam costas à política. É uma recusa autoconsciente, uma abstenção demonstrativa.” ⁹⁰

Desta sorte, diante da paisagem transnacional do século XXI, a fim de se evitar o assinalado desencanto da população com a democracia participativa, faz-se mister que os Estados nacionais abram mão de parte da sua soberania ⁹¹, para possibilitarem a criação e o fortalecimento de foros de discussão (nacionais e transnacionais) que não sejam controla-

⁸⁸ CRUZ, Paulo Márcio. *Democracia e pós-modernidade*. Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008, p. 269.

⁸⁹ “Provavelmente, para superar os limites da Democracia Representativa, será necessário encontrar uma complementaridade com a Democracia Participativa.” (CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(2):96-111. Jul.-dez. 2010, p. 103).

⁹⁰ GASPAS, Miguel. *Saída para a crise da democracia é torná-la transnacional, diz Habermas*. publico.pt. publicado em 29/10/2013. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/jornal/saida-para-a-crise-da-democracia-e-tornala-transnacional-diz-habermas-27318692>>. Acesso em 11 jan. 2016.

⁹¹ Jürgen Habermas destaca: “O aprofundamento de uma cooperação institucionalizada exige uma transferência adicional de soberania e a consequente revisão dos tratados; as elites políticas precisariam de encontrar coragem para levantar, nas suas arenas políticas nacionais, a controvérsia inevitavelmente polarizadora sobre as estratégias alternativas, nenhuma das quais pode ser seguida sem custos” (GASPAS, Miguel. *Saída para a crise da democracia é torná-la transnacional, diz Habermas*. publico.pt. Publicado em 29/10/2013. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/jornal/saida-para-a-crise-da-democracia-e-tornala-transnacional-diz-habermas-27318692>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

dos por nenhum outro Estado, deitando assim, quiçá, os delineamentos de uma democracia transnacional verdadeiramente legítima.

A transnacionalização da Democracia exigirá uma limitação efetiva da soberania dos estados, mas, ao contrário do que ocorre com frequência no momento atual, essa limitação não deve e nem pode ser exercida por outros estados. [...] É urgente, portanto, a discussão sobre a possibilidade de um Direito cosmopolita e de uma Democracia capaz de regular, limitar e configurar, para além das fronteiras do Estado Constitucional Moderno, uma verdadeira nova ordem, uma verdadeira ordem global democrática de Direito, capaz de superar a atual ordem, debilitada e caduca.” (CRUZ et al., 2010, p. 107).⁹²

Torna-se imperiosa a edificação de um novo modelo de Estado, mais aberto e participativo, que poderia ser “o mediador das relações políticas, sociais e econômicas locais e regionais com aquelas globalizadas, ou mundializadas.” (CRUZ, 2009, p. 04).⁹³

Esse novo Estado, erigido sob um paradigma de democracia participativa, equilibraria não somente os poderes dos representantes eleitos, mas, também, os poderes para a sociedade organizada e para aqueles legitimados por seus conhecimentos técnico-profissionais, equalizando diversos interesses (do mercado, sociais, ambientais, etc.)⁹⁴, oriundos de lugares diferentes da sociedade, o que poderia verdadeiramente expressar os anseios da sociedade (CRUZ et al., 2010, p. 103).⁹⁵

⁹² CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(2): jul.-dez. 2010, p. 107.

⁹³ CRUZ, *Bis in idem*, p. 04.

⁹⁴ “Sistema que deverá proteger simultaneamente os modelos de mercado (econômicos), os modelos sociais (social) e os modelos ambientais – tridimensionalidade da sustentabilidade. Será necessário proporcionar em âmbito, local, nacional, internacional, supranacional e principalmente transnacional, oportunidades sociais e econômicas em conjunto com o compromisso coletivo de criação de uma sociedade sustentável para toda a humanidade.” (Glasenapp, Maikon Cristiano e Cruz, Paulo Márcio. GOVERNANÇA E SUSTENTABILIDADE: CONSTITUINDO NOVOS PARADIGMAS NA PÓS-MODERNIDADE. Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação - RBMAD, São Paulo, volume 1, número 2, jul./dez. 2014, p.400).

⁹⁵ CRUZ et al., 2010, p. 103.

Com tais iniciativas, poder-se-ia, então, avançar de uma globalização meramente econômica, calcada no egoísmo que insiste em fazer valer a vontade do capital, doa a quem doer (CRUZ, 2009, p. 17) ⁹⁶, para uma globalização também política e social, calcada em valores democráticos ⁹⁷ aptos a promoverem uma ética de emancipação, a promover uma relação sadia entre os interesses capitalistas e os aspirações da comunidade (regional e transnacional).

7 Considerações Finais

Do que foi aqui articulado, resta claro que pensar na “questão democrática contemporaneamente implica inserir o debate no contexto próprio à sociedade atual” (STRECK, 2004, p. 123) ⁹⁸, a qual, como é sabença, é marcada flagrantemente pela erosão das fronteiras dos Estados e pela transnacionalização, conjugada ainda, pela notável mobilidade do capital e de pessoas pelo globo afora. Tal paradigma é também caracterizado pela lógica neoliberal do mercado, marcadamente egoísta e desprovido de amarras éticas, de maneira que ele não se compatibiliza com outros ideais (notadamente os democráticos) que não a maximização da riqueza.

Nesse horizonte, no qual a democracia representativa não consegue mais fazer frente aos novos desafios engendrados pela sociedade globalizada do século XXI ⁹⁹, na qual a ordem democrática instituída a partir das revoluções francesa e americana não se apresenta mais como uma resposta satisfatória aos problemas daí advindos (CRUZ, 2009,

⁹⁶ CRUZ, *Bis in idem idem*, p. 17.

⁹⁷ “Nesse cenário em transição, a globalização do mercado e das tecnologias da informação deverá estar acompanhada de uma globalização política e social, na qual os valores democráticos tenham um claro protagonismo” (CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul. 2009, p. 05).

⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 123.

⁹⁹ “A democracia representativa falha na medida em que, na prática, não representa os interesses populares, mas o interesse do capital. É que o sistema político opera com o código de outro sistema, o econômico. Há uma clara subjugação do poder político pelo poder econômico.” (DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 12).

p. 17)¹⁰⁰ (crise de legalidade, deslocamento dos lugares de soberania, inadequação do Estado às funções do Welfare State), faz-se necessário discutir novos caminhos para a democracia, a fim de que os valores democráticos possam reorientar a vida em sociedade.

Tendo-se em mira que o Estado não é um fim em si próprio, ou seja, que a figura do Estado é tão somente um meio para a consecução de determinados objetivos da sociedade (Estado heteropoiético), tem-se então que o modelo democrático a ser perseguido é aquele dito “substantial” (AGUILERA et al., 2011, p. 60)¹⁰¹, aquele que é verdadeiramente comprometido com as aspirações mais preciosas de uma sociedade, as quais, no mais das vezes, vêm encartadas nos direitos e garantias constitucionais.

Para a eclosão dessa democracia substancial do século XXI (CRUZ, 2009, p. 05)¹⁰², todavia, não existe um caminho único, mas – caminhos – sendas que, se bem empreendidas pelos partícipes do processo democrático, podem contribuir significativamente para a sociedade global evolua e se integre (CRUZ, 2009, p. 05)¹⁰³.

¹⁰⁰ “Espera-se que tenha ficado razoavelmente claro que as democracias representativas atuais estão carentes de uma estrutura ética concebida a partir de valores democráticos conectados com as necessidades do século XXI.” (CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul., 2009, p. 17).

¹⁰¹ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. In: NUEVAS PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.). Universidad Nacional autónoma de México, 2011, ISBN 9786070224898. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Estudos Jurídicos, n. 180. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2977>>. Acesso em: 30 maio 2015. P. 60

¹⁰² “[...] na configuração da nova ordem mundial, a Democracia deverá desempenhar um papel mais importante que o Estado Constitucional Moderno [...]” (CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul. 2009, p. 05).

¹⁰³ “A Democracia deve servir, antes de tudo, para que a Sociedade evolua, para que a diversidade de opções políticas e não políticas (culturais, relacionais, territoriais, sindicais, étnicas, de idade etc.) possa se movimentar o mais livremente possível, enriquecendo a complexidade da comunidade.” (CRUZ, Paulo Márcio. *Democracia e pós-modernidade*. Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008, p. 269).

Uma das veredas que pode ser apontada é a aposta na democracia participativa, uma democracia que possa transcender a tecnicista democracia representativa, a qual atualmente carece de legitimidade, não só porque se tem o nítido sentimento que ela não representa as aspirações sociais, estando mais comprometida com outros interesses que não o bem comum, mas também porque a democracia representativa clássica não consegue dialogar eficazmente com a sociedade globalizada, pois reluta em abrir mão de seu poder/soberania, impossibilitando a criação de novos foros de discussão e decisão para questões que hoje não são somente nacionais, mas sim, transnacionais, causando dessa forma um inevitável conflito.

A opção por um modelo democrático verdadeiramente participativo poderia contribuir para a edificação de uma globalização mais fraterna e solidária, diminuindo conflitos e integrando pessoas e organizações, de maneira a criar um “novo estilo de vida, para todos, com comunhão de civilizações e não choque de civilizações, como explica Samuel Huntington.” (*apud* CRUZ, 2009, p. 05).¹⁰⁴

Desta forma, uma democracia participativa da forma ora proposta buscaria ir além da democracia representativa, para incluir nos processos de discussão e decisão democráticos, além dos legitimados pelo voto, a sociedade organizada e os detentores de conhecimentos técnico-profissionais¹⁰⁵, de maneira a possibilitar que os diversos interesses envolvidos em uma dada questão (Glasenapp et al., 2014, p. 400)¹⁰⁶ possam dialogar em condições isonômicas¹⁰⁷, a fim de juntos encontra-

¹⁰⁴ CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul., 2009, p. 05.

¹⁰⁵ “[...] estruturas comunicativas das quais participam atores situados em diferentes posições com a finalidade de influir nas políticas públicas, nas normas, e nos procedimentos decisórios de entidades muito poderosas, e também nas quais negociam o significado de seu próprio empreendimento. Esses atores fazem uso de padrões horizontais de comunicação e de troca que permitem uma agência que é mais do que a soma das suas partes.” (COHEN, Jean. *Sociedade civil e globalização: repensando categorias*. Revista Dados, v. 46, n. 3, Rio de Janeiro, 2003, p. 435).

¹⁰⁶ Glasenapp, Maikon Cristiano; Cruz, Paulo Márcio. *Governança e sustentabilidade: CONSTITUINDO NOVOS PARADIGMAS NA PÓS-MODERNIDADE*. Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação - RBMAD, São Paulo, volume 1, número 2, jul./dez. 2014, p.400.

¹⁰⁷ “Claro que há diferenças abissais entre indivíduos no que diz respeito à educação, experiência ou riqueza, mas isto não pode servir de justificativa para que a opinião – ou

rem as melhores decisões, o que poderia verdadeiramente expressar os anseios da sociais (CRUZ et al., 2010, p. 103) ¹⁰⁸.

Nesse desiderato, será necessário pensar na criação de novas instituições transnacionais democráticas, as quais possam não só tratem de questões que interessam a mais de um Estado, mas também, envolvam o mercado ¹⁰⁹, para que seus interesses também sejam considerados e que o poder do capital seja limitado, a fim de que o mercado internacional se amolde a padrões éticos mínimos de humanidade ¹¹⁰.

Portanto, a título de fecho e sem a pretensão de esgotar o assunto, quer em sua extensão quer em sua profundidade, finaliza-se aduzindo que a reconstrução da ordem democrática no século XXI é uma tarefa constante, que pode ser empreendida em várias frentes, dentre elas (a que se acredita ser a mais promissora) a de uma proposta democrática participativa, que promova a inclusão, com a participação de forma isonômica de todos os nichos sociais e a limitação dos poderes do mercado, buscando fomentar uma cultura de alteridade e solidariedade ¹¹¹.

interesses – de alguns, tenham um valor superior à de muitos.” (CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul. 2009, p. 09).

¹⁰⁸ CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(2):96-111. Jul.-dez. 2010, p. 103.

¹⁰⁹ “A democracia exige que processos econômicos sejam inseridos em processos sociais [...] Do contrário, os processos de mercado, livres do Estado, fazem com que a soberania dos Estados Constitucionais Modernos e a sua legitimidade democrática degenerem paulatinamente em farsa.” (CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. *Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(2): jul.-dez. 2010, p. 106).

¹¹⁰ “Em tal sentido, faz-se urgente a criação de novas instituições transnacionais democráticas capazes de regular e controlar com efetividade a atividade econômica e financeira dos mercados e ajudar a ajustar a padrões humanitários esse grande cassino em que se converteu o atual mercado financeiro e que produziu essa crise que ceifa empregos e esperanças.” (CRUZ, Paulo Márcio. *Repensar a democracia*. Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul. 2009, p. 18).

¹¹¹ “A nova cultura político-filosófica fundada num humanismo da alteridade servirá de paradigma para a democracia, a cidadania e os direitos humanos.” (DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 31).

Referências

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. **Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. In: nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos.**

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.). Universidad Nacional autónoma de México, 2011, ISBN 9786070224898. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série Estudos Jurídicos, n. 180. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2977>>. Acesso em: 30 maio 2015.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Título Original: *La politique*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. (Coleção Pensamento Crítico, v. 69). Tradução de: *Stato, governo, società: per una teoria generale della politica.*, 14. ed.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHOMSKY, Noam. **El gobierno en el futuro**. 2. ed. Tradução Francesc Roca. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010.

_____. **Os Caminhos do Poder. Reflexões sobre a natureza humana e a desordem social**. Trad. Elisabete Lacerda. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1996.

COHEN, Jean. **Globalization and sovereignty: rethinking legality, legitimacy and constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

_____. **Sociedade civil e globalização: repensando categorias.** Revista Dados, v. 46, n. 3, Rio de Janeiro, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a emergência do Direito e do Estado Transnacionais**, in Direito e Transnacionalidade, Curitiba: Juruá, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio. FERRER, Gabriel Real. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2(2):96-111. Jul./dez. 2010.

CRUZ, Paulo Márcio. **Democracia e pós-modernidade.** Pensar, Fortaleza, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008.

_____. **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Repensar a democracia.** Revista Jurídica - CCJ/FURB, ISSN 1982-4858 v. 13, nº 25, jan./jul. 2009.

DAHL, Robert. **Sobre Democracia.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 2004. – (Justiça e Direito).

DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira. **Política Jurídica e Pós-Modernidade.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (tradutores, Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes) ISBN 85-203-1955-6), 2002.

_____. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.** Roma-Bari: Laterza, 2004.

_____. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011.

_____. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica.** Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ. Vol. 13. n. 2. jul-dez 2008.

GASPAR, Miguel. **Saída para a crise da democracia é torná-la transnacional, diz Habermas.** publico.pt. publicado em 29/10/2013. Disponível em: <<http://www.publico.pt/mundo/jornal/saida-para-a-crise-da-democracia-e-tornala-transnacional-diz-habermas-27318692>>, Acesso em 11/01/2016, as 09:58h.

GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade.** Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação - RBMAD, São Paulo, volume 1, número 2, jul./dez. 2014.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia.** 4. ed. atual., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LUCIA, Paolo Di. **Assiomatica del Normativo. Filosofia Critica del Diritto in Luigi Ferrajoli.** LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, ISBN 978-88-7916-464-1.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de direito político.** Rio de Janeiro: Forense. 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento.** Trad. Erica Hartmann. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **A Cor da Democracia.** São José/SC: Editora Conceito Editorial. 2010.

OLIVEIRA Jr., José Alcebiades; MORATO LEITE, José Rubens (org.). **O novo em direito e política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PRETEROSSO, Geminello. **Principia iuris entre normatividad y poder: sobre el estado constitucional de derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli.** Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 31, 2008.

RIBEIRO, Luiz Felipe Brandini. **Uma introdução ao modelo de análise da evolução da paisagem: a autopoiese geomorfológica.** Caminhos de Geografia. Uberlândia v. 10, n. 30 Jun/2009. ISSN 1678-6343.

ROMESÍN, Humberto Maturana; GARCIA, Francisco J. Varela. **De máquinas e seres vivos**. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

ROUSEEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política**. (traduzido por Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima). São Paulo: Hemus, 1981.

SHAPIRO, I. HACKER CORDÓN, C. (Ed.). **Democracy's Edges**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SILVA, Denilson. Et. All. **Teoria democrática contemporânea: Modelo Democrático Competitivo e Modelo Democrático Popular**. Em Tese. Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC. v. 10, n. 1. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2013v10n1p1/27243>>. Acesso em: 11 jan 2016.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**, in Direito e Transnacionalidade, Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Caderno de Direito Constitucional. Teoria da Constituição e Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Emagis, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 – n. 2 - p. 257-301, maio/ago. 2003.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, André Karam. **Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca, v. 5, n. 1, 2012, ISSN: 1983-4225.

Maurizio Oliviero - Doutor em Direito Público pela Università di Roma “Tor Vergata” (Itália). Professor visitante com bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado. Embaixador do Programa Erasmus pela Itália.

Pablo Franciano Steffen - Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNIVALI.

Daniel Mayerle - Doutorando em Ciências Jurídicas pela UNIVALI.

Semipresidencialismo e Hiperpresidencialismo en la Reforma Constitucional Argentina de 1994

Semipresidencialismo e Hiperpresidencialismo na Reforma Constitucional de 1994 na Argentina

Semipresidentialism and Hyperpresidentialism in Argentina's 1994 Constitutional Reform

Marcelo Alberto López Alfonsín

Ariela Schnitmann

Resumen: La reforma constitucional de 1994 disparó importantes consecuencias en el sistema político argentino. En trabajos anteriores ¹ analizamos su proceso de gestación, los objetivos que la guiaron y su cumplimiento en la práctica político-institucional. Concluimos que la puesta en práctica de la reforma, por medio de la legislación reglamentaria y la práctica política, supone una contrareforma al espíritu constituyente. Evaluaremos el funcionamiento del Jefe de Gabinete de Ministros y los Decretos de Necesidad y Urgencia. Expondremos cómo la Reforma, que incluye mecanismos del semipresidencialismo y fuertes controles al Poder Ejecutivo, fue utilizado políticamente para la reglamentación de un hiperpresidencialismo.

Palabras clave: Semipresidencialismo. Hiperpresidencialismo. Reforma Constitucional Argentina de 1994.

Resumo: A reforma constitucional de 1994 desencadeou importantes consequências no sistema político argentino. Nos trabalhos anteriores ¹ analisamos seu processo de gestação, os objetivos que a guiaram e a aplicação na prática político-institucional. Concluimos que a implantação da reforma, por meio da legislação regulamentar e da prática política fez presumir uma contrareforma ao espírito do constituinte. Neste artigo avaliaremos o funcionamento do Chefe de Gabinete de Ministros e os Decretos de Necessidade e Urgência e demonstraremos como a reforma, que inclui mecanismos de semipresidencialismo e de controles fortes do Poder Executivo, foi politicamente utilizada para regulamentar um hiperpresidencialismo.

Palavras-chave: Semipresidencialismo. Hiperpresidencialismo. Reforma Constitucional Argentina de 1994.

Abstract: The 1994 constitutional reform triggered important implications on the Argentine political system. In previous work ¹ we analysed its development process, objectives which guided it and the compliance with its political-institutional practice. It is concluded that the implementation of the reform, through regulatory legislation and political practice, represents a counter-reform to the constituent spirit. We shall assess the chief of the cabinet of ministers' performance and the Necessity and Urgency Decree. We will show how the reform, which includes mechanisms of semipresidentialism and strong controls of the Executive Branch was politically used for regulation of a hyperpresidentialism.

Keywords: Semipresidentialism. Hyperpresidentialism. The Argentinian Constitutional Reform of 1994.

Artigo recebido em 14 mar. 2016 e aprovado em 28 abr. 2016.

¹ Ambos se encuentran editados por EUDEBA. Ambos se encontram editados por EUDEBA. Both published by EUDEBA.

1 Introducción

Según Grossi y Gritti (1989) hasta 1983 la UCR y el PJ se enfrentaban electoralmente no tanto para definir quién sería gobierno sino más bien para establecer definitivamente qué tipo de régimen político prevalecería. Varios autores han estudiado la difícil convivencia de estas dos concepciones divergentes de la democracia, la representativa y la plebiscitaria o delegativa, y han mostrado cómo la ausencia de un acuerdo que sentara las bases de una comunidad política estable condujo a la imposibilidad fáctica de la alternancia en el poder. (DE RIZ Y ADROGUÉ 1990; ALFONSÍN 2005; O'DONNELL 1972; KVATERNIK 1994).

Rossati (1995) y García Lema (1995) explican cómo, en busca de un compromiso democrático que rompa con esta tradición, desde 1986 la idea de la reforma constitucional fue ampliamente discutida en el seno de estos partidos, en la academia, y en la sociedad.

El presente trabajo se orienta al análisis de la Reforma Constitucional de 1994, desde los procesos y objetivos políticos que le dieron origen hasta las consecuencias de la misma sobre nuestro régimen político y sistema partidario.

Estudiaremos algunos aspectos del proceso de su gestación intentando responder al discurso dogmático instalado en la opinión pública y entre algunos intelectuales que aspira a reducir su contenido a un pacto conspirativo para llevar a la reelección al Dr. Carlos Saúl Menem.

Rescataremos al “Pacto de Olivos”, firmado por el Dr. Menem en su carácter de Presidente del Partido Justicialista, y el Dr. Raúl Ricardo Alfonsín, como uno de los elementos políticos más significativos en la construcción del consenso constitucional que se venía construyendo ya desde el denominado Consejo para la Consolidación de la Democracia en su primer dictamen (1987), y profundizado en el segundo (1988).²

Tal como lo expresara el constituyente García Lema en la Convención Nacional Constituyente, “estos acuerdos han sido gestados durante muchos años, durante los cuales ambos partidos han intercambiado sus respectivos roles. Los estudios para la reforma de la Constitución 151 Convención Nacional Constituyente fueron iniciados cuando el ra-

² Ambos se encuentran editados por EUDEBA.

dicalismo era el partido del gobierno y el justicialismo la principal fuerza opositora, y concluyeron en un acuerdo cuando el justicialismo es el partido el gobierno y el radicalismo la principal fuerza opositora. Esta circunstancia de intercambio de los roles ha determinado que exista una profunda comprensión de las dificultades que presenta la realidad, que ha tenido que afrontar esta reforma, y al mismo tiempo las soluciones que han debido elaborarse para resolver estos inconvenientes. Si bien el acuerdo, el consenso, fue alcanzado principalmente por las fuerzas del justicialismo y del radicalismo, no puede desconocerse que otras importantes fuerzas políticas, económicas y sociales han prestado diferentes grados de asentimiento a las reformas propuestas en el Núcleo de Coincidencias Básicas”.

La participación pluralista de todos los sectores de la sociedad de la mano del compromiso de garantías entre los protagonistas, hizo posible la readecuación de nuestra carta orgánica a la luz del derecho comparado, agregándole la necesaria atenuación del presidencialismo argentino como requisito indispensable para el afianzamiento de la democracia recuperada en 1983.

A lo largo del estudio demostraremos cómo el espíritu de la Reforma, la atenuación del presidencialismo, plasmado por nuestros constituyentes tanto en su articulado como en la Convención, no solo ha quedado frustrado sino que sufrió una contrareforma de fondo.

Expondremos en este trabajo cómo el texto de la Reforma, que incluye mecanismos del semipresidencialismo y fuertes controles al Poder Ejecutivo, junto a otras innovaciones, orientados a la moderación del presidencialismo, fue utilizado políticamente como puntapié de la reglamentación de uno de los hiperpresidencialismos más agudos que hemos vivido.

No sólo los objetivos reformistas no se cumplieron, sino que se han visto distorsionados y manipulados por los gobiernos que presidieron a la Reforma, en el marco de una decisión política de consolidar un hiperpresidencialismo.

Las nuevas instituciones no solucionaron los problemas por los cuales fueron creados, dado que fueron vaciados de contenido al momento de su implementación. (FLEITAS ORTIZ 1995; MUÑOZ 1995; PAIXAO 1994; SERRAFERO 1994; GALLARDO, Y LÓPEZ 1995;

BELARDINELLI Y CORTI, 1996; RASPI 1996; CASSAGNE 1994; REGNIEL 2006; PERSELLO 2007; MC ADAM Y SUKUP 2009).

Por su parte, Llanos y Mustapic (2006) evidenciaron un sistema deficitario de pesos y contrapesos, agravado por la adopción unilateral de decisiones. Desde la teoría de la dependencia de la trayectoria podría afirmarse que las reformas, guiadas por una visión representativa de la democracia, no fueron capaces de revertir el peso de una institución informal relacionada con la lógica de poder delegativa, preexistente a la reforma, que tiene profundas raíces históricas en nuestro país. (PIERSON 2004, O'DONNELL 1997).

La legislación y la puesta en marcha de la Reforma reforzaron las características delegativas del sistema político argentino (MECLE Y GUTERMAN 2011; PEREZLIÑAN 2003; OLLIER 2008), en contraposición con la visión republicana de la democracia que le dio origen.

En este trabajo se parte de una primera hipótesis de que la visión representativa de la democracia primó en el proceso de formación de la Reforma y en la Convención Constituyente, mientras que la visión delegativa de la democracia logró imponerse luego de estas.

La segunda hipótesis postula que el espíritu de la Reforma Constitucional no sólo no fue cumplido sino que sufrió una “contrarreforma” por la reglamentación e implementación que le prosiguieron, consolidando una democracia delegativa (O'DONNELL, 1994) y un superpresidencialismo (Mainwaring y Shugart, 2002).

Entendemos el concepto de sistema superpresidencialista dentro de las tipologías de Mainwaring, S. y Shugart, M. S., quienes sostienen que “los sistemas presidencialistas varían en formas importantes, sobre todo en relación con: (1) los poderes constitucionales asignados al presidente y (2) el tipo de partidos y de sistema de partidos”.

Esto es, la “fortaleza” de los presidentes descansa sobre dos categorías de poderes presidenciales: poderes partidarios y poderes constitucionales, a saber; atribución de vetar parcial o totalmente proyectos de ley, facultad de emitir decretos-ley, tener iniciativa legislativa y exclusividad de legislar sobre algunos temas.

El presidencialismo argentino cuenta hoy con grandes poderes partidarios, no es casualidad que gran parte de nuestros ex presidentes hayan sido a su vez presidentes de su partido, y enormes facultades.

La Contrareforma, distorsionando el espíritu de nuestra Carta Magna y manipulando su articulado, ha otorgado a los presidentes argentinos la potestad de vetar parcial o totalmente proyectos de ley, emitir decretos-ley, y de arrogarse para sí facultades propias del Poder Legislativo. Se ha convertido lo que debería ser excepcional en algo ordinario.

Como explicara Guillermo O'Donnell (1994), esta manera de concebir y ejercer el poder, esta lógica que entiende a la política como medio de acumulación de poder y no al poder como medio para hacer política, es uno de las características más sobresalientes de las “Democracia delegativa” en la cual los líderes creen que los ciudadanos les delegan un poder absoluto y que todo control institucional es una injustificada traba.

La Reforma Constitucional venía a sanear la larga tradición delegativa de nuestro país, reforzando no solo la *accountability vertical*, la cual está implicada a la rendición de cuentas que periódicamente los gobernantes experimentan en las urnas, sino incorporando en nuestra Carta Magna la *accountability horizontal*, que opera mediante una red de poderes relativamente autónomos (es decir, instituciones) que pueden examinar y cuestionar y, de ser necesario, sancionar actos irregulares cometidos durante el desempeño de los cargos públicos.

Los Constituyentes tenían en claro que la representación y la *accountability* conforman la dimensión republicana de la democracia, sin la cual no existiría una clara distinción entre los intereses públicos y privados de los funcionarios, y avanzaron hacia una “Democracia Representativa” dentro de un sistema presidencialista limitado.

La Contrareforma Constitucional no solo ha re significado la letra constitucional sino que, además, la ha utilizado políticamente para el establecimiento de una “Democracia Delegativa” dentro de un sistema superpresidencialista.

En contraposición con un enfoque netamente institucional que sostiene el *best system approach*, dejando de lado el contexto en el que se desarrollan las instituciones, este trabajo entiende que no sólo las instituciones tienen un peso relativo, sino que la cultura política y los actores tienen mucha incidencia en el desempeño de éstas (NOHLEN, 2007; O'DONNELL, 1997).

Según Nohlen (2007)

Frente a posturas netamente institucionalistas y otras de corte más “blando” que colocan en el centro de la causalidad a la cultura política, el enfoque histórico-empírico afirma que si bien las instituciones cuentan, su rol y desempeño dependen de la contingencia política confirmada por una combinación de factores de variada índole.

Hacer foco en el comportamiento y valores de los actores políticos permite ver e intentar explicar la brecha entre el mundo normativo y el desarrollo de la cultura democrática. Por ellos, se realizará un estudio de caso que permita confirmar o no las hipótesis planteadas intentando responder si los objetivos de los constituyentes se cumplieron o no y el porqué de estos resultados.

Como fundamento práctico de esto evaluaremos el funcionamiento de los siguientes institutos que consideramos claves de la Reforma Constitucional, a saber, el Jefe de Gabinete de Ministros y los Decretos de Necesidad y Urgencia.

Además, volveremos a otros elementos incorporados por el constituyente, olvidados por el discurso hegemónico, como; la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la elección directa de su Jefe de Gobierno; las autonomías municipales; la jerarquización constitucional de la Defensoría del Pueblo así como de los tratados internacionales y de integración latinoamericana; el reconocimiento de la identidad de los pueblos originarios; la Igualdad de género; la garantía de la gratuidad de la educación como responsabilidad indelegable del Estado, la autonomía y autarquía de las universidades nacionales; la Incorporación de un tercer senador que supone una representación más cabal de la ciudadanía de cada provincia y una defensa más franca de los intereses provinciales.

2 Hacia el Pacto de Olivos

2.1 Consejo para la Consolidación de la Democracia

El 1° de diciembre de 1985, como mecanismo institucional facilitador de construcción de consensos, nace el Consejo para la Consoli-

dación de la Democracia confirmado por Carlos Nino (jurista y filósofo), Oscar Albrieu (justicialista), José Antonio Allende (demócrata cristiano), Ismael Amit (Movimiento Federalista Pampeano), Leopoldo Bravo (bloquismo), Genaro Carrió (constitucionalista), Raúl Dellepiane (socialista), Guillermo Estévez Boero (socialista), René Favaloro (cardiólogo), Ricardo Flouret (militar), Enrique Nosiglia (radical), Julio H. Olivera (pedagogo), Emma Pérez Ferreira (físico-matemática), Oscar Puiggrós, Ángel F. Robledo (justicialista) Fernando Storni (sacerdote católico), Jorge A. Taiana (justicialista), Alfredo Vítolo (desarrollista), María Elena Walsh (artista) y Emilio Weinschelbaum (derechos humanos).

Resumidamente diremos que las conclusiones a las cuales arribó el Consejo para la Consolidación de la Democracia en el Dictamen presentado el 7 de octubre de 1986 se centraban en la necesidad de entrar en la transición a un sistema mixto que pudiera combinar elementos del Presidencialismo y del Parlamentarismo y que incluyeran los siguientes elementos:

- Descentralización política y nuevas formas de participación en la toma de decisiones y de control.
- Fortalecimiento del Federalismo
- Fortalecimiento de los municipios
- Incorporación de mecanismos de democracia semi-directa.
- Modernización del sistema de Administración de Justicia
- Durante esos años 1986 y 1987 la idea fue ampliamente analizada y discutida en el seno de los dos grandes partidos, como también en otras fuerzas políticas, económicas y sociales, así como en ámbitos académicos.³

2.2 La Renovación Justicialista

Desde la primera derrota del Partido Justicialista en elecciones libre, la vida política interna del Partido Justicialista experimentaba un proceso de intento de democratización, liderado por Antonio Cafiero y Menem, que prometía cambiar las reglas de juego de la política nacional abriendo paso a un escenario de posibles consensos.

³ ROSATTI, Horacio D. *La reforma de la constitución explicada por miembros de la comisión de redacción*, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1994, p. 294.

Teniendo como precedente los comicios de septiembre de 1987, que resultaron en un importante triunfo para el peronismo, cambiando así el mapa política y el rumbo de la reforma, en su doble carácter de Gobernador y Presidente del Partido Justicialista Cafiero suscribe el 14 de enero de 1988 con el Presidente de la Nación, un documento conjunto con las principales directrices de la reforma, la cual se estimó que podría realizarse conjuntamente con las elecciones presidenciales de 1989.

Sin embargo, ese año, la competencia electoral, encabezada por el Dr. Menen por hacerse con el mando del Justicialismo, sacó la reforma de la Constitución de la agenda política y puso el acento en la lucha interna por la candidatura presidencial entre este último y Cafiero que se hizo evidente tras el Congreso partidario de Tucumán.

En este contexto, y alejándose de la “Renovación”, de la cual había tenido parte fundante, Menem comienza a acercarse a los ortodoxos, en particular a la “62” y al “grupo de los 15”.

Finalmente, en las elecciones internas del 9 de julio de 1988 la fórmula Menem- Duhalde se impone frente con el 53,4% de votos sobre el 45,8% de la fórmula encabezada por Cafiero, quien se opuso a que la Renovación se mantuviera como una línea interna del partido.

Rápidamente los sectores que antes se habían identificado con la Renovación, se encolumnaron tras la figura de Menem, dando fin a un movimiento que pretendía democratizar la vida interna del PJ.

El 14 de mayo de 1989 Menem se impone al radical Eduardo Angeloz con el 49,3% de los votos en las elecciones presidenciales y el 8 de julio asume la Presidencia de la Nación.

2.3 Las Negociaciones con Menem

La necesidad de avanzar con una reforma constitucional reaparece en la escena pública el 23 de marzo de 1992, con un discurso del entonces Presidente Menem, en el que relanza la reforma constitucional, reivindicando la búsqueda del consenso a expresarse en un nuevo pacto que conjugue principios del constitucionalismo liberal con principios del constitucionalismo social.

En los documentos producidos por la comisión de Juristas creada a su efecto, se manifestaba la necesidad de una reforma constitucional que, a pesar de contemplar varias de las propuestas de 1988, impulsadas

en conjunto por Cafiero y Alfonsín, tuviera un fin electoral muy claro: la conservación y el acrecentamiento del poder presidencial, esto es, la reelección de Menem.

El 7 de julio de 1993 se presentó el proyecto de reforma del bloque justicialista que recogía muchos puntos del Consejo para la Consolidación de la Democracia; jury de enjuiciamiento para los magistrados inferiores; elecciones presidenciales y senatoriales directas; disminución del término del mandato de los senadores; prolongación del período de sesiones; control legislativo sobre la vigencia del estado de sitio; simplificación del trámite de sanción de las leyes; sanción ficta; veto parcial; eliminación de la cláusula confesional; reducción del mandato a cuatro años; reelección presidencial; elección directa del intendente de la ciudad de Buenos Aires; convocatoria al Congreso en caso de intervención a una provincia; supresión del número de ministros; autarquía del Poder Judicial; autonomía política y económica de los municipios; integración regional de las provincias; preservación del medio ambiente; reconocimiento de los partidos políticos; formas de democracia semidirecta; sistema de enmiendas a un solo artículo; reconocimiento de competencias delegadas a los organismos internacionales de integración; hábeas corpus y amparo; acceso a la protección de la salud; defensa del usuario y el consumidor; promoción del acceso a la cultura, la ciencia, la investigación y la innovación tecnológica; regulación de los reglamentos de necesidad y urgencia; cláusula para el progreso; derecho a la información; auditoría general de la República; defensor del pueblo; Consejo de la Magistratura.

Además de estos puntos, en el proyecto se volcaba la pretensión del Justicialismo de avanzar con una reforma a la medida del neoconservadurismo que emanaba de la dirección política del gobierno menemista.

La presentación de este proyecto que asegurada la reforma del Estado, desembocó en una reunión el 4 de noviembre de 1993 entre Raúl Alfonsín, Mario Losada, titular del partido radical, Enrique Nosiglia, Eduardo Menem, Eduardo Bauza, Eduardo Duhalde y Luis Barrionuevo en la cual el primero propuso volver a los puntos planteados por el Consejo para la Consolidación de la Democracia.

De esa reunión surgió el documento llamado “Bases de Coincidencias” básicas, que abrió el camino para el Pacto de Olivos, firmado el 14 de noviembre de 1993 entre Menem y Alfonsín como referentes

del PJ y de la UCR, refrendado a posteriori por los respectivos cuerpos orgánicos de ambos partidos.

El acuerdo político se profundizó en una segunda etapa conocida con el nombre de “Pacto de la Rosada” –firmado en la Casa de Gobierno el 13 de Diciembre de 1993 - que limitaba el llamamiento a la Convención Constituyente a una serie de temas para la modernización de ambas partes de nuestra Constitución, la dogmática y la orgánica, sin alterar el contenido de la primera.

Estos acuerdos fueron posteriormente puestos a consideración del Congreso de la Nación, que sancionó así la Ley N° 24.309 ⁴, constituyendo la Convención Constituyente.

2.4 Contenido del Pacto

El Pacto de Olivos contemplaba las siguientes coincidencias básicas para impulsar un proyecto de reforma constitucional:

1. Consolidación del sistema democrático y perfeccione el equilibrio entre los poderes del Estado, por medio de:

- La atenuación del sistema presidencialista por medio de la incorporación de un Jefe de Gabinete o Ministro Coordinador, con responsabilidad frente al Presidente y al Congreso;
- La reducción del mandato del Presidente y Vicepresidente a cuatro años con reelección inmediata por un solo período, considerando el actual mandato presidencial como un primer período;
- Coincidentemente con el principio de libertad de culto se eliminará el requisito confesional para ser Presidente de la Nación;
- La elección directa de tres senadores, dos por la mayoría y uno por la minoría y la reducción de los mandatos de quienes resulten electos;
- La elección directa por doble vuelta del Presidente y Vicepresidente;
- La elección directa del Intendente de la Capital;
- La extensión de las sesiones ordinarias del Congreso;

⁴ Publicada en el Boletín Oficial el 31 de Diciembre de 1993.

- Reglamentación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia.
- Reafirmación de que la intervención federal es competencia del Congreso Nacional.

2. Afiance la independencia de la justicia y fortalezca los órganos de control, de modo tal que:

- Modifique sustancialmente el modo de designación de los jueces y garantice la prevalencia de la idoneidad por encima de cualquier otro motivo de selección;
- Genere un procedimiento de remoción de los jueces ajeno a contingencias político-partidarias;
- Otorgue al órgano de control de la administración plena autonomía funcional en el ámbito del Poder Legislativo y periódica estabilidad a sus miembros, otorgando a la oposición su presidencia.

3. Rediseñe el régimen federal para favorecer el progreso y desarrollo económico de provincias y regiones.

4. Favorezca la integración latinoamericana y continental.

2.5 Objetivos de la Reforma

De los documentos y pactos analizados surge claramente que la Reforma de 1994 tuvo como uno de los objetivos claramente explicitados atenuar el presidencialismo, reafirmar la división de poderes y lograr un mayor protagonismo del Poder Legislativo.

Pero como hemos visto hasta aquí, estos objetivos se fueron configurando desde la recuperación de la democracia, pasando por el estudio del Consejo para la Consolidación de la Democracia, las negociaciones entre los dos partidos mayoritarios, la UCR y el PJ y los consensos a los que se logró arribar luego de varios años de debates.

Tal como fue expresado por el Constitucionalista Auyero, durante la Convención Nacional Constituyente “El miembro informante del justicialismo dijo que avanzamos hacia la atenuación del sistema presidencialista, mientras que el miembro informante del radicalismo dijo que avanzamos hacia un sistema semiparlamentario. Evidentemente, son dos cosas distintas. Los dos informaron el mismo despacho pero es que con la tradición política de ambas fuerzas es coherente lo que dijeron ya

que el justicialismo siempre ha sido más presidencialista y el radicalismo más parlamentarista; de hecho, el Consejo para la Consolidación de la Democracia planteaba el parlamentarismo. Radicales y peronistas han conciliado un texto y yuxtapuesto sus ideas y salió un híbrido”.

Tal como analizaremos más adelante, estas dos visiones diferentes, la del radicalismo y la del justicialismo, coherentes con las lógicas de concebir el poder de cada uno de estos partidos, tendrá una importante influencia en la puesta en práctica de la Constitución Reformada.

Más allá de estas divergencias, la Reforma “fue fruto de una voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.”.⁵

En esa dirección avanzó la mayoría de las fuerzas políticas en la Convención Nacional Constituyente. El constituyente Paixao, por ejemplo, manifestó que “ese conjunto de reformas significa asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiperpresidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política.”.

Resumiendo, los objetivos estructurales de la reforma iban en línea con la necesidad de atenuar el presidencialismo, lograr el real equilibrio entre los poderes del Estado, afianzar la independencia de la justicia y fortalecer los órganos de control, y rediseñar el régimen federal para favorecer el progreso y desarrollo económico de provincias y regiones.

3 De la Teoría a la Práctica

A los efectos de responder si los objetivos de los constituyentes se cumplieron o no y poder profundizar sobre los porqués, analizaremos algunos de los institutos implicados en la Reforma, a saber: la figura del Jefe de Gabinete de Ministros y el Régimen de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

3.1 El jefe de gabinete de ministros

3.1.1 La Teoría

La figura del Jefe de Gabinete de Ministros “representó un compromiso ideológico entre las posiciones de los dos principales partidos

⁵ Caso “Verrochi”, Fallos, 322:1726 (1999).

argentinos (el justicialismo y el radicalismo), y sintetizó varios de los fines perseguidos por la reforma constitucional.”(García Lema 1995).

El Consejo para la Consolidación de la Democracia proponía un “régimen presidencialista flexibilizado” o “mixto”, por medio de la incorporación de un instituto novedoso en nuestro país, resultado de consensos políticos con una configuración casi sin antecedentes en el derecho comparado, esto es, la figura de un “jefe de gabinete” o “primer ministro”, a quien se otorgarían las funciones de “Jefe de la Administración Pública”, que sería designado por el Presidente, pero que pudiera ser removido a través de moción de censura del Poder Legislativo.

Se planteaba también la posibilidad de que este “Primer Ministro” y los restantes miembros del gabinete pudieran ser diputados de la Nación, conservando sus bancas. Además, el Presidente tendría la facultad, propia de regímenes parlamentarios, de disolver la Cámara de Diputados para convocar a nuevas elecciones.

Al abrirse negociaciones entre el justicialismo y el radicalismo en 1993, con motivo del “Acuerdo de Olivos”, el tema reaparece, a partir de la posición de los últimos, favorable a la existencia de un “primer ministro” que compartiera con el Presidente la función ejecutiva, mientras el justicialismo admitía sólo una “atenuación” del poder presidencial, a través del traslado de algunas funciones al “jefe de gabinete” (FLEITAS, 1995).

Las negociaciones que llevaron a la fórmula tal cual fue volcada en la Constitución Reformada, tuvieron varias etapas: se pasó del acuerdo por buscar “la atenuación del sistema presidencialista, mediante la incorporación de un jefe de gabinete o ministro coordinador con responsabilidad política frente al Presidente y al Congreso”, tal como lo establecía el Pacto de Olivos, a la definición de las atribuciones constitucionales del Jefe de gabinete, con las características que luego se convirtieron en el actual art. 100 de la Constitución; sería nombrado y removido por el Poder Ejecutivo, tendría la responsabilidad política ante el Congreso, quien también podría removerlo mediante un voto de censura, en un documento interpartidario complementario del 1º de diciembre de 1993.

El “Pacto de la Rosada” avanzó con la precisión de las facultades del Presidente como jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país y se detallaron

así las reformas que se realizarían al art. 86 de la Constitución en sus incs. 1º, 10, 13 y 20, puntos que no fueron objeto de modificaciones en la ley 24.309, sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993 (Adla, LIV-A, 89), declarativa de la necesidad de la reforma.

Durante la Convención Constituyente, sin embargo, algunas precisiones fueron incorporadas a la figura que aquí nos convoca, a saber; entre las atribuciones del jefe de gabinete se reemplazó la expresión “tener a su cargo la administración general del país” por ejercer dicha administración; la facultad del jefe de gabinete de expedir actos y reglamentos, se condicionó al refrendo del ministro del ramo al cual el acto o reglamento se refiera; se estableció que la facultad de dicho jefe de resolver en acuerdo de gabinete por su propia decisión, en aquellas materias que por su importancia estime necesario, se cumplía “en el ámbito de su competencia” y se dispuso que el jefe de gabinete no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio.

La figura del Jefe de Gabinete de Ministros quedó finalmente establecida por la letra de la Constitución Reformada, que prevé las siguientes atribuciones y responsabilidades; envía al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo (Art. 100, inc. 6º), puede concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar (Art. 100, inc. 9º) - facultad que comparte con los ministros (Art. 106) -; debe presentar una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a sus respectivos departamentos (Art. 100, inc. 10); debe producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Ejecutivo (Art. 100, inc. 11), y tiene el deber de acudir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de las Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno; pudiendo ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (Art. 101).

Otra responsabilidad, no menos importante, a cargo del Jefe de Gabinete es la de presentar personalmente los decretos de necesidad y urgencia, dentro de los diez días de dictados, a la Comisión Bicameral Permanente, integrada por representantes de los diversos bloques de ambas cámaras, en proporción a su número (art. 99, inc. 3º). Sobre este punto profundizaremos especialmente más adelante.

Como vemos, el articulado de la Reforma Constitucional convierte al Jefe de gabinete en un enlace institucional entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, haciéndolo responsable frente a éste, que lo puede remover mediante un voto de censura. Se pretendía crear un límite que pudiera no solo atenuar el presidencialismo argentino, sino también un “fusible” ante una posible crisis institucional.

Como expusiera Alfonsín (2004) en su Memoria Política, la figura del Jefe de Gabinete que se intentó plasmar en la Convención Constituyente, “flexibiliza el régimen político y contribuye a solucionar los problemas de gobernabilidad generados por el hiperpresidencialismo. Prevé que cuando existiera una situación de bloqueo entre el Presidente y el Congreso, el jefe de Gabinete con responsabilidad parlamentaria podría ser un puente a través del cual institucionalizar un gobierno de coalición.”.

Se esperaba también que se abriera “la posibilidad de que la competencia política pierda su carácter de “juego de suma cero”, ya que el incentivo a los acuerdos y coaliciones legislativas ofrece la posibilidad de una mayor participación a los partidos que no se encuentran en el ejercicio directo del gobierno. (...) Lo que nunca podrá hacer (el Presidente), con el nuevo diseño constitucional, es gobernar desde la excepcionalidad, atento a que cualquiera de sus dos institutos (decretos de necesidad y urgencia y legislación delegada) requieren la aprobación del Congreso, en la que la mayoría legislativa opositora de una de las Cámaras hará sentir su peso” (ALFONSÍN, 2004).

3.1.2 La Práctica

Nombramiento

Desde 1994 cada uno de los Jefes de Gabinete ha sido nombrado unilateralmente por el Presidente de turno, y siempre perteneció al mismo partido político que éste.

Facultades

La legislación que siguió a la reforma, bajo el discurso de la necesidad de mejorar la gobernabilidad, fue delegando facultades en el Jefe de Gabinete, que algunos gobiernos tomaron como atribuciones propias del Poder Ejecutivo, y no como facultades delegadas.

En el año 2003, el art. 56 de la Ley N° 25.725 ⁶, modificatoria de la ley 24.156, facultó al JGM a adecuar el Presupuesto General de la Nación, a los efectos de incorporar las partidas presupuestarias ejecutadas durante el período en que haya regido la prórroga prevista, sin exceder el total de créditos aprobado por la Ley de Presupuesto del año correspondiente.

En el 2006 por el art. 1° de la Ley N° 26.124 ⁷, se estableció que el JGM puede disponer las reestructuraciones presupuestarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. Además, se lo exceptúa del artículo 15 de la Ley N° 25.917, de Responsabilidad Fiscal, que impide aumentar el gasto corriente en detrimento del gasto de capital. Estos atributos se tratan de una delegación de facultades inconstitucional, al incumplir el Art. 76 de la Constitución que “prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.”.

Informes a las Cámaras del Congreso

Salvo por los casos de Jorge Alberto Rodríguez y Rodolfo Terragno, los Jefes de Gabinete no han respetado el deber constitucional de acudir al Congreso al menos una vez por mes.

JGM	INFORMES A DIPUTADOS	INFORMES A SENADO
EDUARDO BAUZÁ	2 de 4	3 a 4
JORGE ALBERTO	18 de 18	17 de 18
RODOLFO TERRAGNO	3 de 3	4 de 3
CHRYSTIAN COLOMBO	2 de 6	2 de 6
HUMBERTO SCHIAVONI	no	no
LUIS LUSQUIÑOS	no	no
JORGE CAPITANICH	0 de 1	1 de 1
ALFREDO ATANASOF	2 de 5	2 de 5
ALBERTO FERNANDEZ	8 de 26	9 de 26
SERGIO MASSA	1 de 4	0 de 4
ANIBAL FERNANDEZ	2 de 10	3 de 10

⁶ B.O. 10/01/2003.

⁷ B.O. 8/8/2006.

JGM	INFORMES A DIPUTADOS	INFORMES A SENADO
JUAN MANUEL ABAL MEDINA	1 de 8	2 de 8
JORGE CAPITANICH	4 de 8	4 de 7
ANIBAL FERNANDEZ	0 de 4	0 de 5

Fuente: Elaboración propia a partir de los informes de la Jefatura de Gabinete.

Este incumplimiento no hubiese sido posible si la responsabilidad política del Jefe de Gabinete fuera, efectivamente, ante el Legislativo. El JGM ha pasado a formar parte del PEN y, los informes, en vez de ser lazos entre ambos poderes, se han reducido al control por parte del Legislativo, y defensa de la gestión ejecutiva que ha asumido para sí el JGM.

Remisión de Decretos al Congreso de la Nación

Los datos recabados demuestran que mientras Alberto Fernández y Sergio Massa han cumplido casi al 100% con la obligación de remitir los Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos Delegados y Decretos de Promulgación Parcial de Leyes, en tiempo y forma, Anibal Fernandez y Juan Manuel Abal Medina, han descuidado este deber de manera preocupante. En el caso de Anibal Fernández, éste no sólo presentó fuera de término 51 decretos de un total de 72, sino que dejó uno sin remitir. Juan Abal Medina, por su parte, de un total de 28 decretos, presentó 10 fuera de término.

Jorge Capitanich presentó en tiempo y forma 20 decretos y uno sólo fuera de tiempo, mientras Anibal Fernandez, en su segundo mandato como Jefe de Gabinete, presentó correctamente 12 decretos y fuera de plazo 2.

JGM	DNU, DPPL y DD presentados en tiempo y forma	DNU, DPPL y DD no presentados en tiempo y forma	DNU, DPPL y DD no remitidos
ALBERTO FERNANDEZ	60	1	0
SERGIO MASSA	12	0	0
ANIBAL FERNANDEZ	20	51	1
JUAN MANUEL ABAL MEDINA	18	10	0
JORGE CAPITANICH	20	1	0
ANIBAL FERNANDEZ	12	2	0

Fuente: Elaboración propia a partir de datos disponibles en los sitios web del Senado y la Cámara de Diputados de la Nación.

Remoción y Sanción

No existen casos de mociones de censura ni se han aplicado hasta el día de hoy las sanciones correspondientes a ningún Jefe de Gabinete por incumplimiento de los deberes del funcionario público, establecidos por el Código Penal en sus art. 248 y 249.

Algunas reflexiones

Mucho se ha dicho y escrito sobre la puesta en práctica de esta figura. Existe un importante consenso sobre la poca efectividad de esta nueva figura en la atenuación del presidencialismo.

“El diseño institucional finalmente adoptado, se encuentra muy lejos del sistema “mixto” pensado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, toda vez que el carácter unipersonal y presidencialista se mantiene al ser el Presidente Jefe de Estado, de Gobierno, de las Fuerzas Armadas y responsable político de la administración del país (...) Carece de independencia frente al Presidente quien lo nombra, remueve y le confiere instrucciones, de tal modo que implica una relación jerárquica, por lo que no existe la dualidad de jefaturas y por ello no es posible caracterizar a nuestro sistema como “semipresidencialista”..No existe investidura parlamentaria ni voto de confianza al no poder el Congreso designarlo ni dar aprobación al designado por el Presidente.”.⁸

Coincidiremos en la poca efectividad de la figura del Jefe de Gabinete en la atenuación del presidencialismo, pero iremos más allá. Tal como planteábamos al inicio de este trabajo, la puesta en práctica de estos institutos incorporados por la Reforma ha tenido efectos contrarios a los buscados por los constituyentes.

El espíritu de la creación del Jefe de Gabinete no solo ha quedado frustrado por la práctica y la reglamentación de esta figura, sino que además sufrió una contrareforma de fondo.

El Jefe de Gabinete no limita el presidencialismo, por el contrario hiperpresidencializa nuestro sistema dado que a través de la normativa se han acrecentado las competencias del Poder Ejecutivo.

La legislación que siguió a la reforma respecto de la figura que estamos analizando, no solo no respetó los objetivos constitucionales,

⁸ MUÑOZ, Ricardo Alberto. La Jefatura del Gabinete de Ministros: Ni Atenuación ni “Fusible”.

sino que, bajo el discurso de la necesidad de mejorar la gobernabilidad, fue delegando más y más facultadas en el Jefe de Gabinete, que algunos gobiernos terminaron por tomar como “atribuciones propias del Poder Ejecutivo en rol de ejecutores del presupuesto”, y no como las facultades delegadas que son.

Aquí se hace necesario que hacer dos aclaraciones. En primer lugar, se ha roto la idea del Jefe de Gabinete como un “fusible” entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, quedando totalmente encastrado dentro del primero y perdiendo así la responsabilidad hacia el segundo.

Esto se debe a varios motivos pero, principalmente, al hecho de que “mientras el Presidente pueda remover por su simple voluntad a este funcionario, las características de “fusible” institucional servirían nada más que para preservar al Presidente del desgaste natural que supone el ejercicio de sus funciones pero no se producirían modificaciones de fondo en el funcionamiento de las instituciones.”.⁹

Por otro lado, la moción de censura, que representa el mayor poder del Legislativo a la hora de hacer responsable al Jefe de Gabinete, exige el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y para su remoción se precisa el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras, lo cual resulta por lo menos difícil, sino casi imposible, de lograr.

Ahora debemos hacer la segunda aclaración. Además de las facultades constitucionales que tiene el Jefe de Gabinete, las cuales ya hemos visto, se le han acumulado, por medio de la legislación, otras muy amplias que han despertado un grande debate.

Nos estamos refiriendo a los comúnmente conocidos como “Superpoderes” previstos por el art. 37 de la Ley 24.156 que establece que “el Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines, exceptuase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la Ley N° 25.917.”

⁹ Muñoz, Ricardo Alberto, obra citada.

Afirmaremos aquí que la cuestión de los “superpoderes” se trata de una delegación de facultades encubierta e inconstitucional, por no cumplir con las condiciones planteadas en el Art. 76 que “prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”, y por disponer de una delegación de facultades de carácter permanente que algunos gobiernos han tratado de imponer como facultades propias del Poder Ejecutivo y hacer de lo extraordinario algo ordinario.

Como hemos analizado, el del Jefe de Gabinete pasó de ser la herramienta de atenuación del presidencialismo, como perseguía la Reforma del 94, a un instrumento de acumulación de facultades propias del Poder Legislativo en la esfera del Ejecutivo.

La contrareforma se hace clara en la figura aquí estudiada; no solo se ha logrado el límite al presidencialismo, sino que, mediante la legislación post reforma, se creó el marco jurídico necesario para el hiperpresidencialismo que se intentaba desterrar.

4 Decretos de Necesidad Y Urgencia

4.1 La Teoría

Nuestro país cuenta con una antigua tradición constitucional, ratificada por la jurisprudencia, que sostiene que el Presidente está facultado a dictar decretos legislativos fundados en la necesidad y la urgencia. Uno de los objetivos de la Reforma fue establecer una delimitación de estas facultades.

El espíritu del Constituyente fue plasmado en el artículo 99 que reza: *“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepciona-*

les hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

Del citado Artículo 99 inc. 3º de la Constitución Nacional surge un principio general y una excepción, la cual analizaremos a continuación:

Principio general: “... El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”.

Excepción: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”.

La norma incluida por la Reforma nos habla de “estado de necesidad”. Entendemos que se refiere a aquél caracterizado por un perfil fáctico (urgente necesidad) y por otro de carácter institucional (imposibilidad de recurrir a los trámites ordinarios para la sanción de las leyes).

En este sentido es clarificador el criterio de la Corte en el caso “Verrocchi”¹⁰ que [...] “*para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.*”

¹⁰ Fallos 322: 1726, considerando 9 párrafo 1

No caben dudas que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia ha de ser la existencia de una situación de excepcionalidad, traducida en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, con lo cual resulta forzoso concluir que la crisis política habilitante para el dictado de tales decretos ha de reflejarse y entenderse como una falta total de repuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

Por otra parte, será necesario que exista una “situación de grave riesgo social” que actúe como causa de justificación en sentido lato y que los “remedios” adoptados sean adecuados para atender a la misma, como que aquella situación haya hecho necesaria la creación de medidas súbitas. Por lo que no bastará una situación de crisis legislativa, sino que es preciso que esa crisis impida subsanar o atender con la inmediatez necesaria la situación de grave riesgo social, ante las *circunstancias excepcionales* que deben ser palmarias.

Recién cuando los indicadores sociales y de la realidad denotan la imperiosa necesidad de contar con un instrumento idóneo para paliar la situación (de “emergencia”), y siempre que no se invada materias vedadas, se darán las circunstancias habilitantes o la permisión constitucional, restando -lógicamente- el mesurado análisis de cada previsión contenida en el “decreto” para observar si el mentado “instrumento” legal aprueba o no el llamado “test de razonabilidad”, como cualquier otro decreto ordinario del Poder Ejecutivo o ley sancionada por el Congreso.

Resumiendo, para que el presidente pueda hacer uso de esta atribución exclusiva y excepcional que posee para dictar DNU, deben reunirse primeramente los siguientes requisitos: 1) concurrencia de circunstancias excepcionales que hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, 2) que el objeto de la pretensión, la necesidad y la urgencia, no pueda satisfacerse por ley, y 3) que no se trate sobre las materias expresamente prohibidas por el texto constitucional.

4.2 La Práctica

El Congreso Nacional, luego de veinte años de producida la última reforma constitucional, ha dado cumplimiento formal a la previsión del Artículo 99 inc. 3° de la Constitución Nacional (C.N.) sobre los decretos de necesidad y urgencia (DNU), al sancionar la “ley especial” N°

26.122¹¹ que rige el trámite y el alcance de la intervención del Congreso y conformar la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo, recaudos ambos exigidos por dicha enmienda para dar validez a este tipo de normas.

A continuación demostraremos cómo su reglamentación, Ley N°26.122, no solo conduce a un juego de suma cero y un inefectivo control, sino que además contrareforma la letra constitucional, llevando al vaciamiento de nuestro sistema republicano y a la pérdida de significado del “lawmakingprocess” como expresión de la declinación institucional argentina.

Con este objetivo, analizaremos el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia.

Comenzaremos por decir que, respecto de la intervención de las cámaras del Congreso de la Nación y la Comisión Bicameral Permanente (C.B.P.), el artículo 99, inciso 3º C.N., en lo pertinente, dispone: “... *El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras...*”

El Artículo 100, incisos 12º y 13º, C.N., lo siguiente: “... *Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: ... 12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.*” “13. *Refrendar conjuntamente con los demás Ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.*”

Respecto de la intervención de la C.B.P., el Artículo 2 de la ley N° 26.122 establece: “*La Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional se rige por esta ley y las disposiciones de su reglamento interno;*

¹¹ B.O. del 28 de Julio de 2006. Cabe señalar que la comisión se constituyó efectivamente el 14 de Octubre de 2006.

y tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3; 76; 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional.”

En esta línea, el Artículo 10 de la leycitada dispone además que: *“La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.”*

Los siguientes artículos de la ley también refieren a las cámaras y la C. B. P., en lo pertinente, de la siguiente manera:

“Incumplimiento” “ARTICULO 18. - En caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del Jefe de Gabinete.”

“Despacho de la Comisión Bicameral Permanente” “ARTICULO 19. - La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los Capítulos I, II, III del presente Título.”

“Tratamiento de oficio por las Cámaras” “ARTICULO 20. - Vencido el plazo a que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional.”

“Plenario” “ARTICULO 21. - Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento.”

“Pronunciamiento” “ARTICULO 22. - Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional.”(...) “Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.”

No caben dudas que el “presupuesto habilitante” para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia ha de ser la existencia de una situación de excepcionalidad, traducida en la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, con lo cual resulta forzoso concluir que la crisis política habilitante para el dictado de tales decretos ha de reflejarse y entenderse como una falta total de repuesta del Poder Legislativo ante una necesidad súbita e imperiosa de su intervención.

Por otra parte, será necesario que exista una “situación de grave riesgo social” que actúe como causa de justificación en sentido lato y que los “remedios” adoptados sean adecuados para atender a la misma, como que aquella situación haya hecho necesaria la creación de medidas súbitas. Por lo que no bastará una situación de crisis legislativa, sino que es preciso que esa *crisis* impida subsanar o atender con la inmediatez necesaria la situación de grave riesgo social, ante las *circunstancias excepcionales* que deben ser palmarias. Recién cuando los indicadores sociales y de la realidad denotan la imperiosa necesidad de contar con un instrumento idóneo para paliar la situación (de “emergencia”), y siempre que no se invada materias vedadas, se darán las circunstancias habilitantes o la permisión constitucional, restando -lógicamente- el mesurado análisis de cada previsión contenida en el “decreto” para observar si el mentado “instrumento” legal aprueba o no el llamado “*test de razonabilidad*”, como cualquier otro decreto ordinario del Poder Ejecutivo o ley sancionada por el Congreso.¹²

¹² Así lo habíamos manifestado en nuestra ponencia ante el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional (Paraná, setiembre de 2007) y reiterado en nuestra participación sobre el mismo tema en el Encuentro Conjunto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (Buenos Aires, abril de 2008).

Respecto del rol que debe cumplir el Congreso en el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia (DNU) que llegare a su seno, es de someterlo a lo que en la doctrina se ha denominado “control político” del decreto.

Midón (2001) ¹³ señala que verificar si un DNU satisface el test de razonabilidad es una operación lógica que para el operador de la Constitución (Poder Judicial y/o Congreso) debe principiar por el examen de la necesidad del acto, o sea la comprobación objetiva de que concurre el hecho habilitante tipificado por la Ley Fundamental. Esto es, la existencia de necesidad, más la urgencia, más los acontecimientos que impiden la deliberación del Congreso.

Habrá dos aspectos que el Congreso no podrá soslayar conforme la consagración constitucional: a) la necesidad de su intervención en la consideración de la norma de excepción, y b) la necesidad de que debe existir una manifestación expresa (de aprobación o rechazo) ya que el Artículo 82 de la Constitución Nacional y el Artículo 22 de la ley N° 26.122 excluyen todo intento de considerar convalidado un DNU por el mero silencio.

Por último diremos que la ley N° 26.122 (Artículos 22 y 26) obliga al Congreso a resolver dentro de las alternativas de lo ordenado: ACEPTACION O RECHAZO de la norma, impidiendo cualquier modificación del texto remitido. Textualmente el artículo 23 ordena: “*Impedimento. ARTICULO 23.— Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.*”

La convalidación por la C.B.P. de los decretos sometidos a su examen importa convalidar un avasallamiento a las facultades que el constituyente de 1994 otorgó al Poder Legislativo. Recordemos que en el procedimiento de sanción legislativa nos encontramos frente a un acto complejo que requiere de la voluntad de dos órganos: el Poder Ejecutivo que lo dicta y el Poder Legislativo que tiene a su cargo el examen y control del decreto. A este último, como órgano de contralor, le compete pronunciarse sobre la concurrencia de los extremos que habilitan

¹³ MIDON, Mario A. R. “Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales”. La Ley. 2001. Bs. As, p. 120.

el ejercicio de esta facultad excepcional del Poder Ejecutivo: mérito, oportunidad y conveniencia de su contenido, y es quien ratificará o no la normativa dictada.

Para que el dictado de este tipo de normas sea considerado constitucionalmente válido, es menester que exista una situación de grave riesgo social, debido a que nuestra Carta Magna, no habilita a elegir discrecionalmente entre el dictado de un DNU o una ley.

El apartamiento de estos principios básicos del sistema republicano son un síntoma elocuente por sí mismo del proceso de contrareforma que vivimos, y que nos exige un replanteo sin atenuantes de ningún tipo.

A más de cinco años de funcionamiento de la C.B.P. el balance no resulta para nada positivo. Es evidente que el control no ha sido efectivo, por el cual – más allá de consideraciones propias de la sociología constitucional- consideramos oportuno una reforma parcial a la Ley Nº 26.122.

Como venimos viendo, la Comisión, desde su puesta en funcionamiento, ha sufrido ciertos avatares producto de la falta de claridad conceptual en ciertos artículos de la ley 26.122. Detallaremos a continuación los problemas que consideramos más preocupantes de esta ley y creemos deberían ser modificados para un control efectivos por parte de la Comisión:

- La intervención del Congreso fue establecida como una mera apariencia de controlador.
- Es necesario limitar la potestad excepcional del poder Ejecutivo de emitir normas de naturaleza legislativa, poniendo fin a una práctica que pretende convertir lo extraordinario en ordinario.
- Se debería eliminar la sanción ficta ya que El silencio del Congreso no puede tener efecto convalidatorio si se espera que el Legislativo asuma su responsabilidad y se termine con el permisivismo constitucional del que sufre nuestro sistema.
- Se debería poner la Presidencia en manos de la oposición para otorgar a la Comisión un impulso distinto y forjar la búsqueda del consenso democrático.

- En caso de falta de remisión del decreto por el Jefe de Gabinete de Ministros el decreto debería ser nulo de nulidad absoluta e insanable, y el Jefe de Gabinete debería incurrir en responsabilidad política pasible de la sanción de censura de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 101 de la Constitución Nacional.

4.3 Los Presidentes y los Decretos de Necesidad y Urgencia

A continuación, se detalla la cantidad de Decretos de Necesidad y Urgencia Dictados por los presidentes argentinos, a partir de 1995.

Presidencia	Año	Decretos de Necesidad y Urgencia
Menem	1995	8
	1996	11
	1997	27
	1998	26
	1999	41
	Total Presidencia Menem	113
De La Rúa	1999	8
	2000	26
	2001	30
	Total Presidencia De La Rúa	64
Rodríguez Saa	2001	5
Duhalde	2002	109
	2003	43
	Total Presidencia de Duhalde	152
Néstor Kirchner	2003	48
	2004	63
	2005	46
	2006	59
	2007	20
	Total Presidencia Néstor Kirchner	236

Presidencia	Año	Decretos de Necesidad y Urgencia
Cristina Kirchner 1ª mandato	2008	3
	2009	10
	2010	10
	2011	11
	Total Presidencia Cristina Kirchner 1ª mandato	34
Cristina Kirchner 2ª mandato	2012	11
	2013	12
	2014	12
	2015	13
	Total Presidencia Cristina Kirchner 2ª mandato	48
Total Cristina Kirchner		82
Total desde 1995		652

Fuente: Elaboración propia partir de datos extraídos de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo, los sitios web del Senado y la Cámara de Diputados de la Nación.

Como se desprende del cuadro anterior, la regulación de los Decretos de Necesidad y Urgencia en el texto constitucional, y su posterior reglamentación por la Ley 26.122, no ha funcionado como efecto disuasivo que pudiera disminuir el dictado de este tipo de norma desde la Presidencia de la Nación.

5 Esbozando Propuestas

Hemos visto a lo largo de este trabajo que las dos visiones divergentes de democracia, que se sostiene existen en la argentina, han tenido un peso fundamental en este proceso dado que, tal como advertiera Nohlen (2007), “parece que la mentalidad tradicional incide más en los resultados de tal reforma que las reformas mismas en el cambio de mentalidad.”.

Sostenemos, a su vez que “una teoría de la democracia (de la democracia a secas) debe incluir también, y en un lugar muy central diversos aspectos de teoría del derecho, en medida que el sistema legal promulga y sustenta fundamentalmente características de la democracia” (O’DONNEL, 2007).

En este trabajo se pretendió analizar el control constitucional y la figura del jefe de gabinete de ministros, en la convicción de que estas dos instituciones tienen un peso fundamental a la hora de intentar retomar el camino representativo que primó en épocas de la reforma y revertir la trayectoria delegativa en aras de construir una cultura política democrática (NOHLEN, 2007)

Respecto a la figura del Jefe de Gabinete de Ministros sostenemos la necesidad de terminar con la designación y remoción unilateral del mismo por parte del Presidente rompiendo la relación jerárquica existente, exigiendo el acuerdo del Senado para su designación.

Por otro lado, también se debe revisar la moción de censura, que representa el mayor poder del Legislativo a la hora de hacer responsable al Jefe de Gabinete, exige el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara para su remoción, lo cual resulta casi imposible de lograr.

Para ello, se propone avanzar hacia una moción de censura por medio de los dos tercios de los presente de una de las Cámaras.

Se propone también terminar con las facultades delegadas en el Jefe de Gabinete, principalmente las establecidas en el Art. 37 de la Ley 24.156 de Administración Financiera, reservando al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades.

Por último, debe ser revisado, a nuestro entender, el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes establecida por la Ley 26.122, dado que la intervención del Congreso fue establecida como una mera apariencia de controlador, como cuestión secundaria al no fijar un plazo para que éste se exprese.

Se plantea aquí que es necesario no sólo dar un valor efectivo y verdadero al control del Congreso, sino que, además, es de vital importancia que la responsabilidad funcional, tanto del Ejecutivo como del

Legislativo, quede clara para que cada poder sepa hasta donde llega la tolerancia institucional.

Consideramos importante darle un cauce limitado a la potestad excepcional del poder Ejecutivo de emitir normas de naturaleza legislativa, poniendo fin a una práctica que pretende convertir lo extraordinario en ordinario.

Para el caso de falta de remisión por el Jefe de Gabinete de Ministros, creemos inminente establecer que carecerá de todo valor y eficacia jurídica, equivalente al rechazo del mismo, el decreto que no fuere remitido a la Comisión Bicameral Permanente para su consideración dentro del plazo establecido, y que en caso de incumplimiento por parte del Jefe de Gabinete la Comisión podrá abocarse de oficio al tratamiento de los decretos previstos en esta ley.

Por otro lado, el Jefe de Gabinete debería incurrir en responsabilidad política pasible de la sanción de censura de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 101 de la Constitución Nacional.

Además sostenemos la urgencia de eliminar la sanción ficta ya que “el silencio, en la práctica, produce efectos y por lo tanto se convierte en sanción ficta, o, más precisamente, en ratificación ficta, que es una variable de aquella aplicada a supuestos especiales en los cuales la voluntad legislativa deberá pronunciarse sobre el todo o nada” (*CAYUSO 2006*). El silencio del Congreso no puede tener efecto convalidatorio si se espera que el Legislativo asuma su responsabilidad y se termine con el permisivismo constitucional del que sufre nuestro sistema.

La última reforma que proponemos es la modificación del artículo 5º de la ley, con el fin de que el Presidente de la Comisión sea designado a propuesta del bloque político opositor con mayor número de legisladores en el Congreso.

Bibliografía

ALFONSÍN, Raul. *Memoria Política*”, Fondo de Cultura, Bs. As., 2004.

ALTAVILLA, Cristian. “Coordinación y conflicto en las relaciones intergubernamentales. Los pactos fiscales de la década del ‘90”, X Congreso de la SAAP, Córdoba, 2011.

BELARDINELLI, Pablo - Corti, Horacio G. “Funciones financieras del Jefe de Gabinete de Ministros” (Teorías, dilemas, interpretaciones) LA LEY, Bs. As., 1996.

BELAÚNDE, Domingo García. **El Control de Constitucionalidad de las Leyes**, en *El Derecho*, 156:793.

BIDART CAMPOS, Germán. **El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa**, Buenos Aires, Ediar, 1995.

_____. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**, Tomo II, Buenos Aires, Ediar.

CASSAGNE, Juan Carlos. “En torno al Jefe de Gabinete”. LA LEY, Bs As 1994.

CAYUSO, Susana. “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente”, LA LEY, Bs. As., 2006.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. “El imperio de la ley y su efectividad” en *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*”, Diego Valadés – Editor. UNAM, 2005.

DE RIZ, Liliana; ADROGUÉ, Gerardo. “**Democracia y Elecciones en la Argentina 1983-1989**”. Documento CEDES Nº 52, Bs. As., 1990.

DICTAMEN DEL CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA, Eudeba, Bs. As., 1986.

FANELLI EVANS, Guillermo E. “El Jefe de Gabinete y demás Ministros del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional”, LA LEY 1994-E, Bs. As., 1994.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel. “El jefe de gabinete de ministros: perfiles e interrogantes”, LA LEY 1995-C, Bs. As., 1995.

FROMONT, Michel., **La Justice Constitutionnelledans le Monde**, París, Dalloz, 1996.

GALLARDO, Roberto Andrés y López, Mario Justo (h). “El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional Reformada”, *El Derecho*, t. 161, Bs. As., 1994

GAMBINI, Hugo. “Aquel otro juicio a la Corte”, en **La Nación**, del 17 de marzo de 2002.

GARCÍA LEMA, Alberto M. “La jefatura de gabinete de ministros en el proyecto de ley de ministerios”, LA LEY 1995-E, Bs. As., 1995.

GIBSON, Edward; CALVO, Ernesto. “Federalismo y Sobrerrepresentación: la dimensión territorial de la reforma económica en Argentina”, en Calvo E. y Abal Medina, J. M. (h) (eds), **El Federalismo Electoral Argentino. Sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina**, INAP – Eudeba, Bs. As., 2001.

GROSSI, María; GRITTI, Roberto. “Los partidos frente a una democracia difícil. La evolución del sistema partidario en la Argentina”, Crítica y Utopía N° 18, FUCADE, Bs. As., 1989.

HARO, Ricardo. “El Control de Constitucionalidad y el Rol Paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales” en **Derecho Constitucional y Administrativo II**, dirigido por Carello, Luis, Córdoba, Juris, 2000.

KVATERNIK, Eugenio. “**Crisis sin salvataje. La crisis político-militar de 1961-1963**”, Buenos Aires, Ediciones Universidad del Salvador, 1994.

LEGAZ LACAMBRA. **Teoría General del Estado**, trad. de México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

LEY 26.122 publicada en el boletín oficial del 28 de julio de 2006.

LEY 24.156 publicada en el boletín oficial el 15 de diciembre de 1992 y modificaciones.

LEY 25.917 publicada en el boletín oficial el 25 de agosto del 2004 y modificaciones.

LES 24.309 publicada en el boletín oficial el 31 de diciembre de 1993.

LILLJEDAHL, Matilde. “**Un camino paralelo a la coparticipación federal: las transferencias del Estado Nacional**”, X Congreso de la SAAP, Córdoba, 2011.

LLANOS, Mariana; MUSTAPIC, Ana María. “El control parlamentario en Alemania, Argentina y Brasil”. HomoSapiens Ediciones. Rosario, Santa Fe, 2006.

LOZANO, Luis Francisco. “El Jefe de Gabinete” LA LEY 1995-D, Bs. As., 1995.

MAINWARING S. Y Shugart M. S. (compiladores). **Presidencialismo y democracia en América Latina**, Paidós, Bs.As., 1ra. Edición, 2002.

MC ADAM, Andrew; SUKUP, Viktor. “Raul Alfonsín- La Democracia a Pesar de Todo”. Corregidor. Bs. As., 2009.

Resenha Eleitoral (Florianópolis), v. 20, n. 1, p. 39-73, jul. 2016

MECLE, Elina; GUTERMAN, Dalia. “Vetos totales, parciales, insistencias y promulgación parcial”, X Congreso de la SAAP, Córdoba, 2011.

MIDON, Mario A. R. **Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales**. LA LEY. Bs. As., 2001.

MUÑOZ, Ricardo Alberto. **La Jefatura del Gabinete de Ministros: Ni Ate-
nuación ni “Fusible”**, Boletín Ftd. de Cs Económicas, Universidad Nac. de
Río Cuarto, 2010.

OLLIER, María Matilde. **La institucionalización democrática en el calle-
jón: La inestabilidad presidencial en Argentina**, Ed. Universidad de Sala-
manca América Latina Hoy, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. **Un juego imposible**, Instituto Torcuato Di Tella.
Centro de Investigaciones en Administración Pública. Documento de trabajo,
Bs. As., 1972.

O'DONNELL, Guillermo. **Delegative Democracy, Journal of Democracy**,
Vol. 5, No. 1, National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins
University Press, January 1994: 55-69, 1994.

O'DONNELL, Guillermo. La democratización y sus límites después de la ter-
cera ola. Otra Institucionalización. KelloggInstitute-University of Notre Dame,
1996.

O'DONNELL, Guillermo. **Disonancias**, Prometeo, Ciudad Autónoma de
Buenos Aires, 2007.

PACTET, Pierre. **Institutions Politiques. DroitConstitutionnel**, París, Colin,
1997.

PAIXAO, Enrique. El Jefe de Gabinete de Ministros, en Rosatti, Horacio y
otros, **La Reforma de la Constitución**, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe,
1994.

PEREZHUALDE, Alejandro. **Decretos de Necesidad y Urgencia: su ley
especial. Derecho Constitucional de la Reforma de 1994 -II-**. Ed. Depalma
Bs. As., 1995.

PEREZLIÑAN, Anibal. **Pugna de poderes y crisis de gobernabilidad:
¿Hacia un nuevo presidencialismo?**, en Latin American ReserchReview, 38
(3), 2003.

PERSELLO, Ana Virginia. **Historia del Radicalismo**. Edhasa. Bs. As., 2007.

RASPI, Arturo Emilio. La jefatura de la administración general del país en la
Constitución LA LEY, Bs. As., 1996.

REGNIER, Pablo. De la boina blanca al sushi. **Análisis del Partido Radical**, 1890 – 2001. Distral. Bs. As., 2006.

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN. **La Garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)**, trad. de, México, UNAM, 2001.

ROSATTI, Horacio D. **La reforma de la constitución explicada por miembros de la comisión de redacción**, Ed. Rubinzal – Culzoni, Bs. As., 1994.

SERRAFERO, Mario. **Una reflexión a propósito del Jefe de Gabinete y la censura parlamentaria**, El Derecho, t. 159, Bs. As., 1994.

SANTIAGO ALFONSO (H) Y THURY CORNEJO VALENTÍN. **Tratado sobre la delegación legislativa**. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2003.

SEGUNDO DICTAMEN DEL CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA. Consejo para la Consolidación de la Democracia. EUDEBA, Bs. As. 1987.

SPOTA, Alberto Antonio. **Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente**, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972.

¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en Argentina? en Defensa de la Constitución. Obra colectiva en homenaje al Dr. Germán J. Bidart Campos. Editorial Ediar. Buenos Aires, ago. 2003.

Marcelo Alberto López Alfonsín - Professor de Derecho constitucional Universidad de Buenos Aires - UBA - *mlopezalfonsin@yahoo.com.ar*.

Ariela Schnitmann - Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Dos Danos Sociais ¹

Social Damages

Reis Friede

Luciano Aragão

Resumo: Pretende-se com o presente estudo fomentar o debate doutrinário a respeito de uma nova espécie de dano, o *dano social*, modalidade que se diferencia do que a doutrina vem tratando como dano moral coletivo. O assunto será exposto, metodologicamente, em sessões, que versarão sobre a conceituação, a natureza jurídica, a classificação e a legitimidade para requerer o *dano social* e, ainda, a quantificação, a destinação da verba condenatória, a prova e o cabimento da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva.

Palavras-chave: Danos Sociais. Dignidade Humana. Poder Judiciário.

Abstract: The intention with the current study is to foment the doctrinaire debate concerning a new species of damage, the *social damage*, a modality that differs from what the doctrine is calling the collective moral damage. The issue will be exposed, methodologically, in sessions, which will deal about its concept, legal nature, the classification and the legitimacy to require the *social damage*, and, still, the quantification, the destination of the indemnity funds, the evidence and the suitability of the theory of strict liability.

Keywords: Social Damages. Human Dignity. Judicial Power.

Artigo recebido em 14 abr. 2016 e aprovado em 28 abr. 2016.

¹ Artigo publicado na Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) (<http://www5.tjba.jus.br/unicorp/index.php/publicacoes/artigos/251-dos-danos-sociais>)

1 Introdução

Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm reforçado a ideia da existência do *dano social*, ainda que distanciado da anterior e superada concepção de *dano moral coletivo*, conforme relatado pelo Ministro Luiz Fux no âmbito do REsp nº 598.281/MG:

DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). (STJ, REsp nº 598.281/MG, Rel. Min. Luiz Fux).

As palavras do Ministro Luiz Fux fundamentam a noção de que o dano moral, em sua essência, é individual, personalíssimo e, portanto, contrário à ideia de coletividade, ao passo que o cerne do *dano social* (analisado no presente artigo) é justamente a sua natureza difusa, ou seja, relativo àquilo que atinge a coletividade.

A partir dessas noções, e com base no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988², o qual estabelece a denominada cláusula geral de tutela da pessoa humana, desenvolver-se-á no decorrer do presente estudo a tese do cabimento dos *danos sociais* no direito brasileiro.

A Carta Magna de 1988 expressamente prevê que são objetivos da ordem social o bem-estar e a justiça social: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”.

Bem-estar social é o conjunto de fatores que uma sociedade ou grupo social precisa ter para viver bem, e mais, sendo a qualidade de vida essencial, para que individualmente as pessoas possam usufruir de seus direitos e ter paz interior.

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...];

III - a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Forton (1974), o bem-estar deve ser visto como meta e instrumento do desenvolvimento, no qual o homem é o criador de seu próprio destino social e, como membro da sociedade, considerado não só como beneficiário do bem-estar, mas também como seu implementador. Dentro desta complexidade, pode-se inferir que o bem-estar é uma aspiração dos povos e dos indivíduos, que buscam a satisfação equitativa das necessidades em todos os setores, tais como: o biológico, biofisiológico, material, intelectual, técnico, espiritual, moral, cultural e, por último, o social.

Dessa forma, insere-se no conceito de bem-estar social tudo aquilo que se relaciona a uma qualidade de vida digna: meio ambiente equilibrado; emprego; política habitacional eficaz; acesso amplo e irrestrito à saúde, à Justiça e educação de qualidade; tempo para o lazer com a família e para a prática de esportes; política salarial digna etc.

Com efeito, toda vez que houver lesão ao bem-estar coletivo (interesse difuso tutelado pela ordem jurídico-constitucional) restará configurado o *dano social*, conceituado por Gonçalves (2003) como: “toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem estar, capacidade de aquisição etc.).”.

De forma não exaustiva, pode-se vislumbrar a existência de *dano social* nos casos que acarretam prejuízo aos usuários do sistema de telefonia móvel e de televisão a cabo; às comunidades residentes em locais próximos às barragens que se rompem; aos consumidores expostos à publicidade desleal; aos proprietários de apartamento em prédio com graves problemas estruturais; à economia popular por formação de cartel ou truste, entre outros.

Nestes casos, de acordo com o art. 5º, §1º, da CF/1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Embora a doutrina possa entender que o referido dispositivo constitucional seja classificado alternativamente, como norma de eficácia plena, de eficácia contida ou mesmo de eficácia limitada, importante destacar que não há no texto constitucional *norma sem eficácia*. Os dispositivos previstos na Lei Maior são, portanto, normas, e, neste sentido, possuem normatividade, e, assim, vinculam toda a sociedade.

Conforme preleciona Sarlet (2011), “cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade”. Citando Garcia de Enterría, Sarlet (2011) reconhece o caráter vinculante reforçado e geral das normas constitucionais; sustenta, ainda, que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou infelizes, precisas ou imprecisas) destituídas de normatividade, sendo certo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua *carga eficaz*. Assim, a função dos direitos fundamentais e sua estrutura jurídico-normativa na Constituição constituem o grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Ainda segundo Sarlet (2011), a melhor exegese a ser extraída a respeito da norma contida no art. 5º, §1º, da CF/1988, é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, impõe aos órgãos estatais a tarefa de conferir aos direitos fundamentais a maior eficácia possível, cujo alcance normativo (o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto.

Em relação aos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, CF/1988, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, uma vez que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constituem, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição, o que induz à afirmação de que, em certo sentido, os direitos e princípios fundamentais regem e governam a própria ordem constitucional.

2 Danos Sociais

A cláusula geral de tutela da pessoa humana, constante do art. 1º, III, da CF/1988, permite refletir a respeito da existência, no direito brasileiro, de outras modalidades de dano, além daqueles já consagrados pela doutrina e jurisprudência pátrias. Para tanto, é preciso entender o conceito filosófico de dignidade da pessoa humana conforme a visão

Kantiana: “O homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.” (KANT, 1980, p. 134-5).

Prosseguindo, Kant reforça ainda mais a sua visão antropomórfica, afirmando que: “em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele (o homem) tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.”. (KANT, 1980, p. 134-5). Para o filósofo, os seres cuja existência depende somente da natureza são denominados irracionais, sendo tratados como coisas, ao passo que os seres racionais ³ são concebidos como pessoas, cuja natureza os distingue como fins em si mesmos, limitando, por conseguinte, todo o arbítrio. (KANT, 1980, p. 134-5).

Maria Celina Moraes (2003) argumenta que a concepção de dignidade de Kant tem como consequência a exigência de que o ser humano jamais possa ser visto ou usado como um meio para se atingir fins supostamente maiores do que o homem singular, mas sempre como o próprio fim. Em razão disso, toda a atividade estatal deve ser dirigida para o homem, tendo-o como finalidade a ser alcançada, de modo a possibilitar a realização máxima do valor da dignidade da pessoa humana. Aliás, para Kant, as coisas têm preço; as pessoas, dignidade.

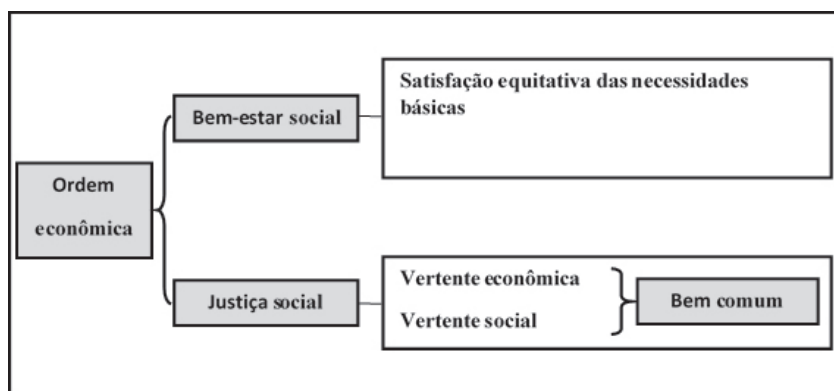


Diagrama 1: Bem-Estar Social e Justiça Social

³ É importante destacar que a concepção contemporânea sobre o tema substituiu a antiga noção de *seres racionais* para *seres sencientes*, ou seja, seres que possuem a consciência de sua própria existência. Tal conceito transcende o de racionalidade e, igualmente a limitada tradução anterior de “capacidade de sofrer e sentir prazer ou felicidade” para também abranger a *autoconsciência*, de forma diversa da ideia original de Charles Drawin.

Mesmo não estando elencado no Código Civil de 2002, o dever de indenizar por condutas socialmente reprováveis e geradoras de danos (imateriais e transindividuais) que piorem a qualidade de vida de certos grupos sociais, decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

Deste modo, o *dano social* não pode ser individualizado, posto que afeta a um *grupo social determinado* (pessoas residentes em um estado, município, bairro; pessoas que integram uma categoria profissional; pessoas que fazem parte de uma associação; pessoas portadoras de síndromes; consumidores), ou mesmo a um *grupo social indeterminado*.

Pode também o *dano social* ser relativo a toda população do país, a exemplo do que acontece quando há queimadas na floresta amazônica, cujos efeitos nefastos podem ser experimentados pela população brasileira de um modo geral. Da mesma forma, a falta de investimentos adequados em infraestrutura afeta a qualidade de vida da sociedade como um todo, dando origem aos famosos *apagões*, ao racionamento de água.

Igualmente acontece em decorrência do péssimo estado da malha rodoviária do país, problema que acaba por encarecer o preço do frete e, conseqüentemente, do produto final para o consumidor. Outrossim, a infraestrutura deficiente pode ensejar os seguintes problemas passíveis de configurar danos sociais: transportes rodoviário, ferroviário, marítimo, aéreo e fluvial deficientes; falta de fiscalização ambiental e seus conseqüentes danos; negligência na prestação dos serviços de segurança pública, de saúde e de educação; falta ou negligência na fiscalização dos serviços públicos delegados ao particular por meio de *permissão*, *concessão* ou *autorização*.

Com efeito, toda vez que o Estado ou o particular (pessoa física ou jurídica) agir (conduta comissiva) ou não agir (conduta omissiva), gerando danos à sociedade ou a um determinado grupo, restará configurado o denominado *dano social*.

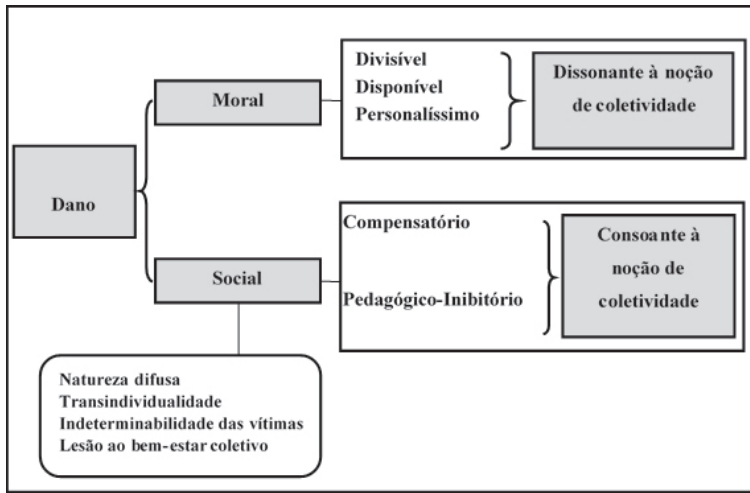


Diagrama 2: Dano Moral e Dano Social

Deste modo, restando comprovada a falta de investimento em infraestrutura por longos anos (para que se possa justificar a negligência e não adentrarmos na seara da independência dos poderes ⁴), e uma vez

⁴ Não adentraremos na questão da conveniência e oportunidade, atividade típica da Administração pública, que nos remeterá ao tema da separação dos Poderes e também ao tema da intervenção do Judiciário sempre que houver um hiato deixado pelos demais Poderes, principalmente na execução dos direitos fundamentais e das garantias sociais. A respeito do tema, Hermes Zanetti afirma: “[...] Por esta razão, as funções exercidas atualmente se dividem, na proporção da margem de disponibilidade da matéria, em funções de governo e funções de garantia. Uma vez que devemos reconhecer ao poder político e ao poder do mercado uma margem de discricionariedade/disponibilidade, que no primeiro corresponde à série de opções sobre políticas públicas e estratégias de desenvolvimento, que podem ser tomadas pelo legislador democraticamente eleito, e, no segundo, a autonomia da vontade, não podemos deixar de reconhecer que o poder político hoje é exercido igualmente pelos representantes eleitos no Executivo e no Legislativo, sendo que a própria atividade legiferante decorre desta legitimação popular, cada vez mais, já que o Executivo atua fortemente também neste campo. Assim, o que realmente diferencia os poderes é exercerem a sua legitimidade a partir da representação popular (Executivo e Legislativo) ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário e demais instituições de garantia dos direitos fundamentais, como as agências reguladoras e o Ministério Público). As funções de garantia estão assim diferenciadas das funções de governo, porque atuam para a conformação da margem do decidível, colocando-lhe limites e vínculos definidos pelos direitos fundamentais, a esfera do ‘não decidível que’ (direitos de liberdade) e o ‘não decidível que não’ (direitos sociais). A função de garantia, portanto, atua como função contra majoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do nosso modelo constitucional garantista.”. (Zanetti Jr., 2013, p. 49-50.)

que tal fato tenha gerado prejuízo para a qualidade de vida da sociedade ou de um determinado grupo social, deve a União ser condenada a ressarcir os *danos sociais*, o mesmo ocorrendo com os Estados e Municípios, de acordo com a respectiva competência constitucional ⁵. Nesses casos, em particular por tratar-se de ressarcimento (indiretamente) realizado pela própria sociedade, e em benefício dela, a indenização limitar-se-á ao aspecto exclusivamente *compensatório*, jamais se revestindo de qualquer *viés punitivo* (ou inibitório-pedagógico) e, ainda assim, a *grupos sociais determinados*.

De forma inequívoca, os particulares (na qualidade de pessoa física ou jurídica) podem ser geradores de *dano social*, bastando, para tanto, que pratiquem atos socialmente reprováveis, cujos efeitos sejam prejudiciais à qualidade de vida de toda a sociedade ou de determinado grupo social, tais como: atividades poluentes que afetem a flora, a fauna, os rios, os mares e as lagoas; atos de corrupção ativa; atos ofensivos aos direitos trabalhistas de determinadas categorias profissionais; atos contra a economia popular; formação de cartéis, trustes e prática de *dumping*; atos violadores dos direitos de determinados grupos de consumidores, bem como os que piorem a qualidade de vida de idosos, crianças e pessoas portadoras de deficiência. Cabe ressaltar que nesses casos os *danos sociais* poderão simultaneamente ostentar natureza *compensatória* e *pedagógico-inibitória*.

Para Trevizan e Silva (2007), havendo ofensa a interesse que extrapola o âmbito individual, o dever de indenizar, em sintonia com as diretrizes constitucionais do solidarismo social e da dignidade da pessoa humana, prestigiaria não apenas a *vítima*, mas também a *coletividade*, posto que caracterizada uma nova categoria de dano a ser indenizada: o *dano social*.

Assim, diante das figuras já existentes na doutrina e na jurisprudência, cumpre posicionar o *dano social* no ordenamento jurídico nacional, tarefa a ser empreendida a seguir.

⁵ Cabe, todavia, uma reflexão, se ao punir a União, os Estados e Municípios não estaríamos punindo também o próprio lesado, ou seja, a sociedade. Partindo do princípio que a União, os Estados e os Municípios constituem-se na própria sociedade organizada, estaríamos cobrando de nós mesmos pelos danos que sofreremos. Porém, também é verdadeira a assertiva segundo a qual, no caso em questão, a sociedade como um todo estaria indenizando parte dela mesma ou a um grupo social determinado e, por esta razão, a restrição, inclusive quanto à natureza, apenas das duas competências.

2.1 Conceito de Dano Social

Em oportunidade pretérita lecionamos que natureza jurídica é a posição enciclopédica de dado instituto no ordenamento jurídico. É a classificação a ser conferida a um termo ou a uma expressão no contexto complexo das diferentes classes jurídicas. É o que o instituto representa, considerando todas as suas implicações, inclusive de definição conceitual. Traduz, em última análise, sua organização e localização metodológico-pedagógica, bem como sua origem no contexto intrínseco de uma considerada disciplina científica. (REIS FRIEDE, 2002, p. 434).

Maria Helena Diniz (2004), por sua vez, entende que natureza jurídica é a afinidade que um instituto tem em diversos pontos com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título classificatório. Trata-se, portanto, de buscar a essência de uma determinada figura, com o fim de qualificá-la dentro do universo do Direito.

Neste sentido, o *dano social* pode ser definido como aquele que é ocasionado por uma conduta (comissiva ou omissiva) socialmente reprovável, antijurídica ou não, praticada pelo Estado ⁶ ou por particular (pessoa física ou jurídica), cuja consequência é a diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social. Cabe destacar, nesta definição, que a causa do dano poder ser uma conduta socialmente reprovável, antijurídica ou não.

⁶ No que é pertinente ao Estado como causador do dano e legitimado passivo *ad causam*, destacamos alhures a dúvida que repousa acerca do tema. No caso, admitimos apenas a indenização (de natureza compensatória) a ser paga pelo Estado à parte da sociedade ou a um determinado grupo social. Não aceitamos, assim, o chamado *dano punitivo*, conforme corretamente vem se posicionando a jurisprudência majoritária do TRF/2ª Região. Neste sentido: TRF2 - Apelação Cível nº 0015560-71.2004.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Reis Friede; TRF2 - Apelação Cível nº 2005.51.01.016363-0, Rel. Des. Fed. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho; TRF2 - Apelação Cível nº 0624869-68.1984.4.02.5101, Rel. Juiz Federal Convocado José Eduardo Nobre Matta. Há na doutrina, porém, quem defenda o caráter principalmente *punitivo* do dano moral, figura conhecida como *punitive damages* ou *exemplary damages*, cuja aplicação é acentuada nos Estados Unidos. Contudo, conforme veremos adiante, seguimos a corrente doutrinária que não reconhece sua aplicação no Direito pátrio, tudo em razão da vedação contida no art. 5º, XXXIX, da CF/1988. O fato dos julgados acima citados terem indeferido o pedido autoral de danos punitivos contra a União, não significa que autorizou a sua aplicação em outras situações.

Entende-se por conduta socialmente reprovável a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça; o comportamento que afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há, por conseguinte, uma lesividade social inserta na conduta, provocando um efetivo dano à coletividade, independente de o agente ter conhecimento de seu caráter danoso. Essa conceituação em muito se aproxima do conceito de ilicitude material proposto por Fernando Capez (2003), com a diferença de que o ato praticado, no caso do dano social, independe de afrontar ou não o texto legal, não se exigindo que o agente tenha conhecimento do caráter danoso de sua conduta, bastando, pois, a ocorrência do dano para que a conduta seja considerada ilícita à luz do que expressam os arts. 186⁷ e 187⁸, do Código Civil.

2.2 Natureza Jurídica do Dano Social

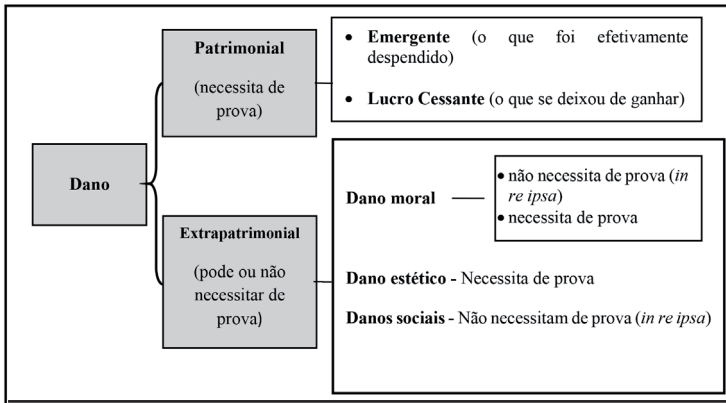
Trata-se o *dano social* de um dano objetivo, *transindividual* e *imaterial*, podendo afetar a *toda sociedade* ou um *determinado grupo social* (homogêneo) em seu digno direito à qualidade de vida plena, seja em razão de um ato *antijurídico* (ou de conduta socialmente reprovável), praticado pelo *Estado* ou por *particular* (pessoa física ou jurídica), em detrimento de bens sociais imateriais que compõem o patrimônio social em específico lapso temporal. Trata-se, pois, de nova modalidade de dano, não prevista no Código Civil de 2002, cuja previsão encontra-se, por construção hermenêutica, no art. 1º, III, da CF/1988.

2.3 Modalidade de Danos Sociais

A legislação brasileira prevê como espécies de danos os *patrimoniais* (danos emergentes e lucros cessantes) e os *extrapatrimoniais* (danos morais e danos estéticos), os quais repercutem na própria vítima ou em terceiros (dano por *ricochete*).

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Diagrama 3: Modalidades de Dano no Direito Brasileiro ⁹

Tem em vista a importância que o meio ambiente adquiriu para a vida humana nos últimos tempos, a doutrina tem discorrido muito sobre o dano ambiental, que na verdade configura uma espécie do gênero *dano social*, redundando no chamado *dano social ambiental*. Antunes Bessa (2000) ensina que dano é o prejuízo (uma alteração negativa da situação jurídica, material ou moral) causado a alguém por um terceiro, o qual se vê obrigado ao ressarcimento. O dano ambiental, afirma Antunes Bessa (2000), traduz-se num prejuízo ao meio ambiente.

Édis Milaré (2001), por sua vez, expressa que “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com a consequente degradação, alteração adversa ou *in pejus*, do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida.”. Nos termos da Lei nº 6.938/81, são recursos ambientais (art. 3º, V): a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Desta forma, uma vez que repercute diretamente na sociedade, eventual lesão aos referidos recursos ambientais configurará um *dano social ambiental*.

⁹ O dano social está sendo considerado como construção doutrinária no presente artigo. Diante de seu caráter inovador, ainda prescinde de debate doutrinário mais amplo e, consequentemente, de aplicação pelos Tribunais para que seja considerada uma forma de dano válida e indenizável no direito brasileiro. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já admitiu sua existência nos julgados Reclamação nº 12.062/GO; 16.447/GO; 15.464/GO, entre outros, e também na V Jornada de Direito Civil do CJF, originando Enunciado 456.

Outrossim, quando houver ofensa a um direito metaindividual pertencente a toda sociedade, com repercussão na dignidade humana dos trabalhadores e nos valores sociais do trabalho, restará caracterizado o *dano social trabalhista*. Exemplo clássico do que ora se afirma é o chamado *dumping social*, figura que Trierweiler (2005) define como sendo uma prática realizada por certos Estados, consistente em pagar salários muito baixos e oferecer precárias condições de trabalho, reduzindo-se severamente os gastos com mão de obra, tudo com o intuito de possibilitar que seus produtos tenham preços inferiores se comparados com os praticados no mercado internacional ou, então, que o baixo custo da mão de obra dos trabalhadores locais seja atraente à instalação de novas empresas.

Mina Kawai (2010) explica que o *dumping social* também ocorre quando os preços baixos dos bens resultam do fato de as empresas produtoras estarem instaladas em países onde não são cumpridos os direitos humanos mais elementares tampouco os direitos dos trabalhadores internacionalmente reconhecidos, permitindo, assim, que os custos sociais da mão de obra sejam extremamente baixos, acarretando, por conseguinte, uma queda artificial dos preços produzidos em condições laborais ilegítimas e atentatórias à dignidade humana. O *dumping social* ocorre, por exemplo, na China, nas Filipinas e no Sri Lanka, países nos quais se nota uma sobrevalorização do progresso econômico em detrimento do bem-estar social e da dignidade do trabalhador.

No Brasil já ficou convencionada a existência do dano social trabalhista, mas com nomenclatura equivocada (dano moral coletivo), conforme anteriormente mencionado.

ENUNCIADO 04:¹⁰

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conheci-

¹⁰ Enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Revista - LTr Legislação do Trabalho: Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v. 71, n. 12, p. 1500-1507, dez. 2007.

do “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

Gustavo Abrantes (2011) aduz que nas reclamações trabalhistas nas quais for constatada ação deliberadamente praticada no intuito de desrespeitar a ordem jurídica trabalhista, deve o magistrado proferir condenação que vise à reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, ainda que fixada *ex officio*, a fim de proteger a coletividade, a ordem jurídica e a paz social.¹¹

Há, ainda, os que defendem que as empresas que frequentemente figuram como reclamadas na Justiça do Trabalho devem ser condenadas a ressarcir danos individuais e também *danos sociais trabalhistas*, justamente por terem optado pela demanda em detrimento do cumprimento da legislação laboral.¹² O mesmo raciocínio deve ser aplicado

¹¹ Não se trata, no entendimento de Gustavo Abrantes, de jurisdição sem a devida provocação, pois a decisão do juiz se dará por adição supletiva ao pedido de condenação em danos extrapatrimoniais, conforme expresso no parágrafo único do art. 404 do Código Civil e, neste caso, sem qualquer caráter compensatório, apenas inibitório-pedagógico (que não se confunde com o punitivo). O caráter inibitório em questão é estabelecido com um fim específica e limitadamente pedagógico (e não punitivo), por ser este último incompatível com o art. 5º, XXXIX, da CF/1988. Ademais, o entendimento segundo o qual “É nula, por configurar julgamento *extra petita*, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide” (STJ, Reclamações nº 12.062/GO, nº 16.447/GO, nº 16.443/GO, nº 15.494/GO, nº 14.856/GO, 16.441/GO e nº 13.201/GO) baseou-se na impossibilidade de condenação, em ação individual e sem pedido expresso, em danos sociais compensatórios. Conforme analisaremos adiante, a doutrina tem entendido que os legitimados para figurar no polo ativo da demanda pela qual são postulados danos sociais, são os que figuram no art. 5º da Lei nº 7.347/85, porquanto serem demandas coletivas.

¹² Neste aspecto, resta oportuno destacar que expressiva parcela da doutrina entende incabível a condenação por danos sociais compensatórios em ação individual. De igual forma, há grande discordância, também, de se condenar, nas ações coletivas ou populares, em danos sociais compensatórios sem que exista pedido expresso na exordial, por afrontar os arts. 2º, 128 e 460, todos do CPC. Contudo, parece-nos perfeitamente

em se tratando de *dano social consumerista, administrativo, econômico ou dano social sem outra especificação* (dano oriundo de ofensas aos direitos das crianças, dos adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência etc.).

Como exemplo de *danos sociais consumeristas*, podem ser citados os casos de propaganda enganosa, venda de produtos impróprios para o consumo, aumento indevido de mensalidades de planos de saúde, cobrança de juros extorsivos pelas instituições financeiras etc..

Danos sociais administrativos, por sua vez, são os danos transindividuais causados por ação ou omissão da administração pública direta, suas autarquias e fundações, tendo em vista o seu dever de primar pelo atendimento ágil e eficiente, de modo a não prejudicar interesses da sociedade. Por oportuno, deve ser banida da cultura nacional a ideia de que ser mal atendido faz parte dos aborrecimentos triviais do cidadão, principalmente quando tal comportamento advém dos entes administrativos. O cidadão não pode ser compelido a suportar as consequências da má organização, do abuso e da falta de eficiência daqueles que devem, com boa vontade, solicitude e cortesia, atender ao público.¹³

Finalmente, os *danos sociais econômicos* podem ser exemplificados pela formação de cartéis, prática de *truste* e *dumping*, ações lesivas à economia popular, ao mercado financeiro, de valores e de capitais, etc.

cabível a condenação *ex officio* por danos sociais pedagógicos inibitórios suplementares, em ações coletivas, individuais e populares, desde que destinados a um fundo do Judiciário, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, caso figurem estas últimas instituições no polo ativo da demanda coletiva, em razão de sua função constitucional garantidora dos direitos fundamentais. Neste sentido, Bedaque afirma que, à luz dos arts. 128, 459 e 460 do CPC, está o juiz objetivamente limitado aos elementos da demanda deduzidos pelo autor na inicial. O pedido formulado e os motivos deduzidos pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador, que não poderá conceder mais ou coisa diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes das elencadas. Se o fizer, configurar-se-á o fenômeno do julgamento *ultra* ou *extra petita*, o que poderá implicar em nulidade da sentença. Tais regras decorrem diretamente do princípio da demanda e da inércia da jurisdição. Na medida em que se admitisse ao juiz conceder ao autor mais do que fora pedido, ou por razões diversas das deduzidas na inicial, estar-se-ia possibilitando a tutela jurisdicional de ofício. Tudo o que excedesse os limites objetivos da demanda implicaria atuação sem provocação. (BEDAQUE, 2005, p. 390)

¹³ STJ, Primeira Turma, REsp nº 608.918-RS, Rel. Min. José Delgado, j. em 29 mai. 2004, publ. DOU de 21 jun. 2004.

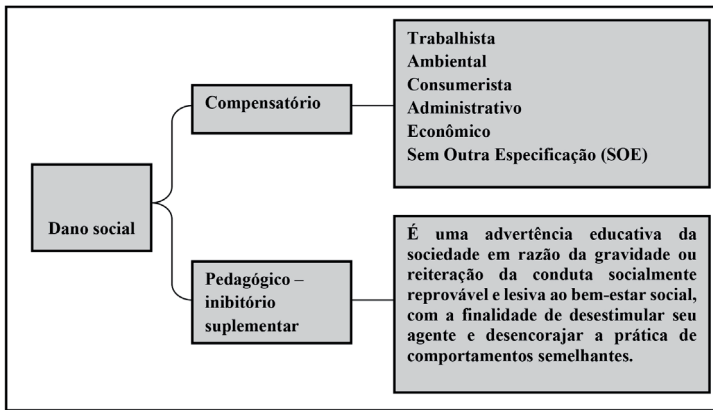


Diagrama 4: Modalidades de Dano Social

2.4 Classificação dos Danos Sociais

Quanto à classificação, os *danos sociais* podem ser: extrapatrimonial, extrínseco, certo, compensatório, pedagógico-inibitório, indireto e previsto. Vejamos cada um deles.

Dano extrapatrimonial: dano que ocasiona uma perda na qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social, atingindo, portanto, um bem imaterial. Embora, neste caso, o dano causado possa ter expressão pecuniária para efeito de sua recomposição, tal situação será objeto de pedido de danos emergentes ou até mesmo de lucros cessantes quando do ajuizamento da ação indenizatória cabível.

Dano extrínseco: ocorre quando o dano se estende a outras situações distintas daquela que restou lesada. Por exemplo, o dano social ambiental não repercute apenas no bioma lesado, mas atinge toda a população que dele depende (qualidade do ar, da água, dos peixes, etc.) de forma direta e indireta.

Dano certo: nesta espécie, em razão do dano ser passível de ressarcimento, a condenação trará efetividade à decisão judicial.

Dano compensatório: quando a conduta (ação ou omissão) geradora do dano é definitiva, isto é, a anulação daquela não enseja o desaparecimento deste.

Dano pedagógico-inibitório: aquele que deve ser aplicado como forma de advertência educativa e suplementar à condenação compensatória.

Dano indireto: ocorre quando a pessoa que postula o ressarcimento devido for diferente da vítima do dano, muito embora seja seu representante (não confundir com procurador).

Dano previsto: o dano é previsível, ou seja, é possível, em certas circunstâncias, antever os efeitos deletérios da ação ou omissão.

2.5 A Prova na Persecução do Dano Social

Muito embora esteja consagrado no direito brasileiro que o *dano* deva ser efetivamente comprovado, tal diretriz aplica-se apenas às modalidades de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes) ou, ainda, a uma das espécies de dano extrapatrimonial (o dano estético), tendo em vista que depender de perícia para apurar a sua extensão.

O dano social é presumido (*in re ipsa*), decorrendo da força do próprio ato. Assim, há dano social quando o direito à qualidade de vida digna e bem-estar social é lesado por uma conduta socialmente reprovável ou antijurídica – vale dizer, o dano social é presumido em razão da dimensão do próprio fato em si, sendo mesmo impossível não reconhecer que o prejuízo social efetivamente aconteceu. Com efeito, basta apenas a demonstração da ocorrência do fato para que se possa concluir pela existência do dano, não necessitando ser extensamente provado.

Por exemplo, não há necessidade de se provar que toda a sociedade do município do Rio de Janeiro sofre danos sociais decorrentes da poluição da Baía da Guanabara, bem como que os moradores da Barra da Tijuca sofrem os mesmos efeitos em virtude da poluição do complexo lagunar existente na região. E, ainda, que parte da população dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo sofre danos sociais decorrentes do rompimento da Barreira da Mineradora Samarco, desastre ambiental de proporções inimagináveis ocorrido em 5 de novembro de 2015.

2.6 A Forma de Responsabilização

O Código Civil de 2002 adotou, como regra, a teoria da responsabilidade subjetiva, conclusão que se extrai da análise conjunta dos arts. 186 e 187. A responsabilidade civil por dano social, por sua vez, é de natureza *objetiva* (art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

O art. 186 do Código Civil preceitua que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e cau-

sar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Por sua vez, o art. 187 estabelece que pratica ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por fim, o art. 927, parágrafo único, do mesmo Estatuto, expressa que haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nota-se, no último caso, a consagração do *risco criado* ou *risco proveito* e, assim, a responsabilidade passa a ser *objetiva* em razão do exercício de determinada atividade empresarial e/ou nos casos especificados na legislação, tais como: Decreto nº 2.681/12 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais); Lei nº 5.316/67; Decreto nº 61.784/67; Lei nº 8.213/91 (legislação de acidente de trabalho); Lei nº 6.194/74 e Lei nº 8.441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos, cabendo à seguradora pagar o valor previsto, independente de culpa do motorista); Lei nº 6.938/81 (referente aos danos causados ao meio ambiente); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); art. 37, §6º, da CF/1988 (responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado concessionárias de serviço público).

2.7 A Legitimidade Ativa *Ad Causam*

Entende-se que os legitimados para a propositura de ação civil pública (legitimidade ativa *ad causam*) também o são para, em nome da sociedade ou de determinado grupo social, pleitear *danos sociais*. Por conseguinte, na forma do art. 5º da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, figuram como legitimados: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrên-

cia, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e, também, para parte da doutrina, ainda que de forma controvertida, as *agências reguladoras*.

Igualmente, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.853/89, que, entre outras providências, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, bem como institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas e disciplina a atuação do Ministério Público, as ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída, nos termos da lei civil, há mais de 1 (um) ano, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Nesse elenco de legitimados para pleitear danos sociais, particularmente no âmbito trabalhista, devem ser incluídos os sindicatos, as federações e as confederações sindicais.

Por ferir o art. 18 do novo Código de Processo Civil, segundo o qual ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, cabe registrar o entendimento que inadmite pedido de indenização por *danos sociais compensatórios* nas ações individuais. Não obstante o que ora se afirma, poderá o juiz, em razão do grau de ofensa ao bem-estar social, ou mesmo em virtude da contumácia do réu, e com o objetivo de conferir proteção aos direitos insculpidos no art. 6º da CF/1988¹⁴, condenar (*ex officio*) a parte ré em *danos sociais pedagógico-inibitórios*.

Neste sentido, cabe referir ao teor do Enunciado nº 456, da V Jornada de Direito Civil/Conselho da Justiça Federal, segundo o qual a expressão “dano”, prevista no art. 944 do Código Civil, abrange não apenas os *danos individuais* (materiais ou imateriais), mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

¹⁴ Neste caso, o dano social pedagógico-inibitório perde o caráter de complementariedade ao dano social compensatório. Contudo, o juiz está legitimado a condenar *ex officio* em razão de sua função jurisdicional constitucional de garantidor dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que o momento atual requer um Judiciário proativo para inibir a ineficiência das prestações dos serviços básicos e garantir a efetividade dos direitos sociais.

Salvo melhor juízo, entendemos que o referido Enunciado, no caso em questão, refere-se aos *danos sociais compensatórios*, e não aos *sociais inibitórios*. Assim, ainda que o autor da ação individual tenha formulado pedido de fixação de dano social compensatório, forçoso reconhecer que o mesmo carece de legitimidade para pleitear, em nome próprio, direito inerente à coletividade.

Contudo, há hipótese na qual tal pedido de condenação por danos sociais compensatórios pode ser feito cumulativamente na ação popular, em particular quando restar evidenciado que o ato que se deseja anular gerou, além de um dano ao patrimônio público, um dano social, podendo também os *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares* serem pedidos de forma supletiva aos danos sociais compensatórios, conforme se infere do art. 404, parágrafo único, do Código Civil.

Tal entendimento decorre do fato de a ação popular ter por objetivo a defesa do patrimônio público, do erário, da moralidade administrativa e do meio ambiente, ou seja, o autor representa a sociedade como um todo, agindo no intuito de salvaguardar o interesse público. Desta forma, está o juiz autorizado a requisitar provas às entidades públicas, mesmo que *ex officio*, conforme já decidiu, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. DESVIO DE REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS. PREFEITURA MUNICIPAL. PETIÇÃO INICIAL DEFICIENTE PELA FALTA DE DOCUMENTOS VINCULADOS A ENTIDADES PÚBLICAS. INÉPCIA DA EXORDIAL. AFASTAMENTO.

I - A discussão em debate foi decidida pelo Tribunal de origem, considerando-se inepta a petição inicial de ação popular, sob o argumento de que o autor não teria trazido os documentos essenciais para o deslinde da causa e que a juntada de tais elementos, no transcurso processual, somente se justificaria quando negado o fornecimento de certidões e informações, por parte do Poder Público.

II - A falta de inclusão dos documentos indispensáveis ao processo na exordial, que dependem de autorização de entidades públicas, não impõe a inépcia da peça vestibular, porquanto o juiz tem a faculdade de requisitá-los aos órgãos, durante a instrução do processo, quando houver requerimento para tanto, no teor do art. 7º, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 4.717/65.

III - Tratando-se de ação popular, em que se defende o patrimônio público, o erário, a moralidade administrativa e o meio-ambiente, onde o autor está representando a sociedade como um todo, no intuito de salvaguardar o interesse público, está o juiz autorizado a requisitar provas às entidades públicas, máxime na hipótese dos autos, na qual existe requisição expressa nesse sentido.

IV – “Uma vez postulada, pelo autor, de forma expressa, a requisição de documento essencial à propositura da ação, não se há falar em inépcia da inicial, por ausência da documentação necessária” (REsp nº 152.925/SP, Relator para acórdão Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJ de 13/10/1998, p. 00021).

V - Recurso especial provido, afastando a extinção do processo, por inépcia da inicial, e determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para que este se manifeste acerca do mérito da causa. (STJ, Primeira Turma, REsp nº 439.180/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgamento em 21 set. 2004, DJ 3 nov. 2004, p. 37).

2.8 A Quantificação do Dano Social

No tocante ao tema, cumpre destacar que os *danos sociais* devem ser fixados de acordo com a extensão do dano, devendo o magistrado, ao empreender tal tarefa, utilizar-se dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando em conta, ainda, a capacidade econômica do agente causador, de modo a assegurar a efetividade do comando judicial, exegese equitativa que se extrai do art. 944 do Código Civil.

Com efeito, da mesma forma que a indenização a ser fixada não poderá ser módica diante da capacidade econômica do agente – pois se o for estará premiando aquele que praticou o ilícito – também não poderá redundar em enriquecimento sem causa para quem a recebe (no caso específico dos danos sociais compensatórios). Como cediço, reveste-se de importância o aspecto didático-pedagógico da condenação, cabendo ao magistrado sopesar todos esses critérios no momento da fixação do *quantum* indenizatório.

No que diz respeito à indenização por danos sociais, os *tipos compensatório e pedagógico-inibitório suplementar* são da máxima importância.

A distinção entre o dano *compensatório* e o *reparatório* reside no fato deste último traduzir uma espécie de “danos materiais futuros”. Apesar de sua existência doutrinária ser questionável, o dano reparatório

está presente na aplicação do Direito concreto, pois se trata do valor que irá ser despendido pelo réu para recompor o bem jurídico lesado pela sua conduta, conduzindo, assim, ao *status quo ante*.

Desta forma, os danos *compensatórios* (ou *remuneratórios*) são instrumentos de equidade e podem ser aplicados pelo juiz para equilibrar os prejuízos ocorridos na qualidade de vida e no bem-estar social, afinal, instrumentos de equidade servem para aproximar a decisão o mais possível do senso de justiça em cada caso. Assim, os *danos sociais compensatórios* servem para remunerar o dano sofrido na esfera extrapatrimonial como forma de se indenizar pela piora provocada na qualidade de vida e no bem-estar da sociedade.

Os danos sociais *pedagógico-inibitórios suplementares* possuem finalidade não punitiva, pois, do contrário, seriam incompatíveis com o sistema jurídico pátrio, conforme expresso no art. 5º, XXXIX, da CRFB/88. O seu caráter é, portanto, meramente disciplinador, educativo e pedagógico. Não são aplicáveis apenas diante da *contumácia do causador*, mas também em razão de sua *gravidade*, da *conduta demasiadamente reprovável*, *insultuosa* e *ultrajante à consciência social e coletiva*, uma vez que independem de culpa ou dolo do agente, incidindo tão somente em razão da gravidade e extensão do dano, configurando, assim, uma advertência da sociedade em relação à referida conduta, buscando impedir sua reiteração.

Tal advertência restou evidenciada em artigo elaborado por Edson Ubaldo (2009), Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sendo perfeitamente aplicável, por analogia, aos danos sociais:

Os maiores responsáveis pelos sofrimentos infligidos às pessoas, em especial os grandes conglomerados financeiros e comerciais, passaram a disseminar a ideia de que a busca pela reparação de danos morais se transformara em ‘indústria’ de ganhos fáceis.

Ubaldo (2009) afirma que essa “suposta verdade contaminou parte da magistratura”, argumentando, ainda, que tal aspecto não somente reforçou o argumento dos juízes mais conservadores (os quais, por razões ideológicas, inclusive religiosas), nunca viram com bons olhos o novo instituto jurídico (dano moral), como também serviu de freio aos

mais liberais, cujas sentenças passaram a ser reformadas para diminuir os valores fixados.

Nota-se nitidamente que o mencionado magistrado desaprova a posição que insiste em afirmar que o “o dano moral se transformou em indústria”. Para ele, este é argumento é falso, tendo em vista que o número de pleitos mostra exatamente o contrário:

O consumidor brasileiro, antes desamparado e agora protegido pelo CDC, tomou consciência de seus direitos, ao invés de “queixar-se ao bispo”, como antes lhe sugeriam bancos e lojas. Agora se queixa ao juiz; b) os responsáveis por produtos e serviços ainda não se convenceram de que os tempos mudaram e continuam a violar descaradamente os direitos da cidadania. Portanto, o que de fato existe é a “indústria” do desrespeito, a busca do lucro fácil, a sensação de que vale a pena continuar enganando o povo, porque o percentual dos reclamantes é ínfimo, os processos são lentos e o resultado final, ainda que favorável ao consumidor, sai muito mais barato do que investir na melhoria dos produtos e dos serviços.¹⁵

Cabe registrar, ainda, que a verba condenatória imposta a título de danos sociais *pedagógico-inibitórios suplementares* não deve ser direcionada ao grupo social (ou ao fundo que ele indicar) que teve seu patrimônio imaterial lesado, visto que, para isso, se destinam os *danos sociais compensatórios*.

Os *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares*, que, como visto alhures, possuem caráter de sublime advertência educativa, devem ser destinados, por esta razão, a fundos de órgãos com função constitucional garantidores dos direitos fundamentais e sociais, como, por exemplo, o Poder Judiciário. Isto porque, além de caracterizar *bis in idem*, ou seja, duas indenizações pelo mesmo fato, tal situação ensejaria ainda um nítido enriquecimento sem causa por parte do autor, figura vedada pelo direito brasileiro. A natureza suplementar da condenação por danos sociais *pedagógico-inibitórios* encontra amparo no art. 404, parágrafo único, do Código Civil.

¹⁵ *O Judiciário* – Jornal mensal da Associação dos Magistrados Catarinenses, ano IV, n. 38, jun./2009. Disponível em: <www.amc.org.br>. Acesso em: 20 set. 2015.

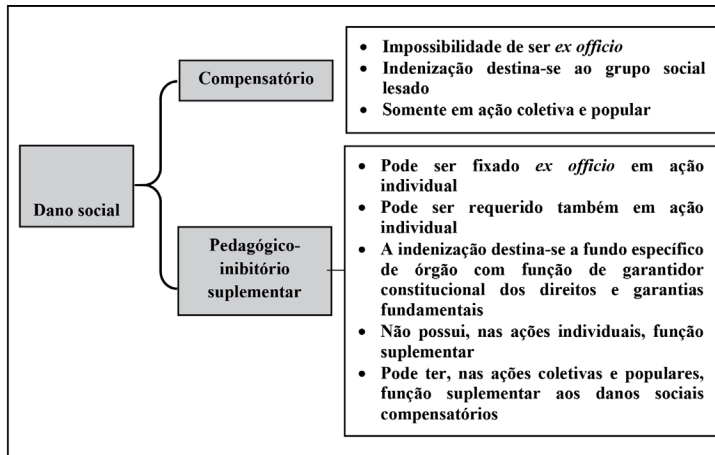


Diagrama 5: Características dos Danos Sociais

2.9 A Destinação da Verba Oriunda da Condenação por Dano Social

Quanto à destinação, os recursos oriundos da condenação por danos sociais devem ser divididos em duas etapas, a saber:

a) A verba condenatória por *danos sociais compensatórios* pertence à *sociedade* ou a um *determinado grupo social* em razão da piora acarretada na qualidade de vida e no bem-estar social. Por isso, tal verba deve necessariamente ficar retida em conta judicial, cabendo ao autor da ação enviar ao juízo um projeto de melhoria da qualidade de vida lesada, objetivando restabelecer ao máximo a ambiência social vivida antes do dano se efetivar. Tal projeto será homologado pelo juízo depois de ouvido o Ministério Público, devendo, essencialmente, conter cronograma dos pagamentos, de modo que o dinheiro depositado possa ser liberado de acordo com o cronograma das despesas. Somente após o autor da ação comprovar a concretização do projeto e o uso da quantia depositada (na conta judicial) é que o processo deverá ser julgado extinto.

b) Já a verba condenatória por *danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares*, em razão de seu caráter de advertência educativo-social, deve ser destinada não ao autor da ação, conforme já se tratou, mas a um fundo de órgão dotado de função constitucional de garantidor

dos direitos fundamentais ¹⁶, tais como, por exemplo, o Poder Judiciário e o Ministério Público, ficando ao prudente arbítrio do juiz a *quantificação* e a *destinação* ao fundo pertinente.

Como cediço, a responsabilidade do Poder Judiciário como protagonista na defesa dos direitos fundamentais sociais ainda está em fase de consolidação, razão pela qual é fundamental despertar os membros da Magistratura para a importância da função judicante na defesa de tais direitos.

A propósito, José Faria (1994) salienta que os direitos humanos foram originariamente constituídos como uma forma de proteção contra os abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado. Tem razão José Faria ao fazer tal afirmação, mormente porque os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos indivíduos menos favorecidos, sob a forma normativa de obrigações do Executivo, demandando, assim, uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos.

Ainda em consonância com José Faria, a característica básica dos direitos sociais está no fato de que,

[...] forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem ¹⁷. Ao contrário da maioria dos direitos individuais

¹⁶ Neste particular, entendemos que não há conflito com o fundo expresso nos arts. 13 e 20 da Lei nº 7.347/85, regulamentada pelo Decreto nº 1.306/94, vez que a condenação a título de *danos sociais inibitórios pedagógicos suplementares*, se destinados ao Poder Judiciário, também reverterá para a sociedade na forma de garantia dos direitos fundamentais, retirando de seus ombros parte dos custos com a máquina judicial, que hoje estão na ordem de 1,3% do PIB. Krell (2002, p. 70) afirma que na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica.

¹⁷ A teoria kantiana, a nosso sentir, não é a da valorização do homem (de forma isolada) como objetivo das ações de Estado em detrimento da coletividade. Máxima vênua, a teoria kantiana, na verdade, expressa que o bem-estar do homem deve ser o fim que as políticas do ente estatal devem perseguir, e não ser usado como meio para que o Estado atinja outros fins (desenvolvimento econômico). Em sua teoria, Kant valoriza o ser humano e não a coisa (os bens) como fim a ser perseguido pelas ações estatais.

tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. (FARIA, 1994, p. 54).

Com efeito, tais direitos, para a sua efetivação, pressupõem a substituição da “repressão” pela “promoção”, e da sanção penal (ou punitiva) pela de natureza premial (FARIA, 1994, p. 54). Logo, os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme, mas um “direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um direito descontínuo, pragmático e por vezes até mesmo contraditório, quase sempre dependente da sorte de determinados casos concretos.”:

Trata-se de um tipo específico de direitos, cujas práticas judiciais pressupõem a legitimidade processual e o reconhecimento da personalidade jurídica dos grupos e representações coletivas; consagrando um novo padrão de racionalidade, de natureza essencialmente material ou substantiva, que colide com os limites estritos da racionalidade formal das leis e dos códigos típicos do Estado liberal clássico, os direitos sociais são politicamente editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte das múltiplas instâncias do setor público. (FARIA, 1994, p. 54).

Nos burocratizados tribunais brasileiros, cujos integrantes parecem acreditar que os conflitos podem ser solucionados pelo simples apego a certas formas e/ou pela ritualização de atos, ainda segundo José Faria (1994), os direitos humanos e os direitos sociais estão obrigando a magistratura a refletir um pouco mais sobre suas funções sociais. Eduardo Bittar (2005), também com mestria, destaca o papel do Judiciário na quadra atual, afirmando que a ele “cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade.” (BITTAR, 2005, p. 306).

Assevera o autor, ainda, que a sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, o que “significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, possuem proteção e garantia jurisdicional”. Como se vê, segundo a reflexão de Bittar (2005), o papel do Judiciário é ponto central nas discussões sobre a temática dos direitos humanos e sociais.

3 Considerações Finais

De acordo com o analisado ao longo do presente trabalho, conclui-se que há uma impossibilidade concreta e doutrinária de condenação por *danos morais coletivos*. Claro está que os verdadeiros danos coletivos homogêneos, oriundos da piora acarretada na qualidade de vida e no bem-estar social, são os denominados *danos sociais*, presentes, em nosso sistema jurídico, por força do disposto art. 1º, III, da CF/1988, sob a modalidade de dano extrapatrimonial, imaterial, transindividual e objetivo.

O dano social é um tipo de dano que repercute na diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social, podendo ser decorrente de uma conduta perpetrada pelo Estado ou por um particular.

Quanto à sua posição no campo do Direito, trata-se o dano social de um dano objetivo, transindividual e imaterial, que afeta a sociedade como um todo ou determinado grupo social, alterando para pior a sua qualidade de vida em razão de conduta socialmente reprovável ou antijurídica praticada pelo Estado ou por um particular.

A legitimidade para pleitear danos sociais é inerente às instituições elencadas no art. 5º da Lei n 7.347/85, além dos sindicatos, das federações e confederações, dos representantes dos empregados e empregadores e também do cidadão – neste último caso por meio de pedido cumulado em ação popular ou em ação individual (apenas na modalidade de dano pedagógico-inibitório).

A forma de responsabilização do causador do dano é objetiva (*in re ipsa*), podendo ser requerida por meio de ação coletiva ou via ação popular, cuja quantificação deverá obedecer aos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e capacidade econômica do agente.

Os recursos oriundos da condenação por danos sociais compensatórios devem ser aplicados em projetos de melhoria da qualidade de

vida da sociedade ou do grupo social lesado. Por sua vez, os recursos da condenação por danos sociais pedagógico-inibitórios suplementares devem ser destinados a um fundo criado por órgãos com função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais sociais.

Espera-se, dessa forma, ter contribuído para a discussão doutrinária a respeito da instituição deste novo tipo de dano, o *dano social*, no direito brasileiro.

Referências

- ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 4. ed. rev., ampl. e atualiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de processo civil interpretado**. Antônio Carlos Marcato, coordenador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. **Desmistificando o dumping social**. Jus Navigandi, Teresina, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ENNECERUS & LEHMANN. **Derecho de obligaciones**, v. 1, § 10, Barcelona, 1935, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARIA, José Eduardo. **Os desafios do Judiciário**. Revista USP. São Paulo, n. 21, pp. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, 1994.
- FORTON, Rozendo Escalanate. **Indicadores do Bem-Estar Social: seu conteúdo e sua atualização**. Debates Sociais, v. 10, n. 18, Rio de Janeiro, 1974.
- FRIEDE, Reis. **Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 134-135 apud BIZELLI, Rafael Ferreira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68c694de94e6c110>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

KAWAY, Mina. **Dumping Social: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional**. Instituto Declatra, Florianópolis, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 80-81 apud BIZELLI, Rafael Ferreira. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68c694de94e6c110>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TREVIZAN, Thaita Campos; SILVA, Vitor Borges da. **O Dano Social como Reflexo das Novas Tendências da Responsabilidade Civil**. Revista Científica-Faculdade Pio XII, Campo Grande, 2007.

TRIERWEILER, Gustavo F. **As relações de trabalho, o dumping e a crise econômica**. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, v. 21, n. 242, São Paulo, 2005.

ZANETI JR., Hermes. **A Teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: Funções de governo e funções de garantia**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Reis Friede - Desembargador Federal Vice-Presidente do TRF2 e ex-membro do Ministério Público, professor adjunto da Escola de Direito da UFRJ, professor emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e ex-professor adjunto da UNIRIO, Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da UNISUAM. Desembargador Federal. Possuindo, entre outros títulos, o de mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (UGF) e mestre e doutor em Direito Público (UFRJ).

Luciano Aragão - Mestre em Direito, Professor da Graduação e Pós-Graduação no Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM.

Participação e Informação como Pressupostos de Democracia

Participation and Information as Presuppositions of Democracy

Felipe Wildi Varela

Pedro Manoel Abreu

Resumo: O ideal democrático de representação direta construído na antiguidade foi superado pela democracia representativa. Contudo, ao longo do tempo a forma de representação política passou a apresentar um déficit de participação popular que, via consequentemente, impactou diretamente na legitimidade das normas jurídicas. Como forma de superar essa crise de legitimidade na produção do Direito, Habermas propôs a aplicação da teoria do discurso. Assim, por meio do agir comunicativo o cidadão passaria a estar posicionado de forma ativa na relação entre o Direito e a democracia. O acesso à informação, por sua vez, permite que a sociedade esteja mais preparada e tenha maiores condições de exprimir seus desejos e ideais, e ainda, que possa participar conscientemente nas decisões coletivas que lhes digam respeito. Por meio de pesquisa bibliográfica, busca o presente artigo verificar se o direito à informação e o incremento da participação do cidadão nos espaços públicos de decisão agem como instrumento legitimador e de integração entre o princípio democrático e o Direito.

Palavras-chave: Democracia. Participação. Acesso à informação.

Abstract: The democratic ideal of direct representation built in ancient times was overcome by representative democracy. However, over time the form of political representation began to submit a popular participation deficit via consequently impacted directly on the legitimacy of legal rules. In order to overcome this crisis of legitimacy in the production of law, Habermas proposed the application of the theory of discourse. Thus, through the communicative act the citizen would be positioned actively in the relationship between law and democracy. Access to information, in turn, allows the society to be better prepared and have better conditions to express their desires and ideals, and yet, they can consciously participate in collective decisions concerning them. By means of bibliographic research, this article seeks to verify if the right to information and increase of citizen participation in decision-public space act as a mean of legitimizing and integration between the democratic principle and the law.

Keywords: Democracy. Participation. Access to information.

1 Introdução

O presente artigo científico tem como objetivo analisar a relação entre a democracia e o Direito, sob o ponto de vista da participação social nos espaços públicos e do acesso à informação, como elementos de integração.

Partindo-se da premissa de que a democracia pressupõe uma ordem jurídica que assegure um mínimo de direitos necessários para uma vida digna, que o direito se torna legítimo quando originário de um processo coletivo de criação (ou seja, quando o cidadão tenha participado da sua concepção), e que o acesso à informação possibilita ao cidadão as condições necessárias para o exercício pleno de seus direitos, tem-se como objetivo esclarecer o papel da informação numa sociedade democrática e a sua contribuição no processo de conhecimento e de formação da opinião política.

A pesquisa é baseada em fontes bibliográficas sobre o tema desenvolvido e está assim dividida.

Inicialmente faz-se uma abordagem sobre a evolução da democracia, com enfoque no século XX. Aborda-se o fato de que a democracia ao longo da história da sociedade já assumiu diversos formatos; partindo de um modelo direto, assumiu contextos de representação e, no estado contemporâneo, está predisposta à feição participativa. De teorias que buscavam estreitar o sistema democrático a mera participação no pleito eleitoral até as teorias que fomentavam o seu alargamento, as transições entre cada período da história foram marcadas pela supressão ou pela adição de novos componentes ao sistema, de forma a melhor adequá-lo a cada realidade sociotemporal.

O segundo tópico versa sobre a relação entre o Direito e a democracia, sob o prisma do incremento da participação ativa e da comunicação popular nos espaços públicos de decisão. Por meio da teoria do discurso desenvolvida por Habermas, na qual o melhor argumento é a única forma de coerção, busca-se equacionar o paradigma da falta de legitimação do Direito frente a uma nova sociedade caracterizada pela diversidade de valores sociais, culturais, morais e religiosos.

Por fim aborda-se o direito à informação como elemento de integração entre o Direito e a democracia. A sua correlação entre a participação social nos espaços públicos decisórios, a formação de um Direito legítimo e o alcance do princípio democrático.

2 O Papel do Cidadão e a Democracia

Ao longo da história, por conta das transformações políticas, econômicas, sociais e culturais, a democracia, por diversas vezes, teve que ser reinventada para poder acompanhar as mutações da sociedade. A cada novo período, a sociedade internalizou em sua estrutura elementos contemporâneos de forma a adequá-la (a democracia) naquilo em que se entende por mais importante na busca do verdadeiro espírito democrático (HARDT, 2005).¹

A forma originária de democracia direta da Grécia antiga não mais subsiste nos dias atuais. A modernidade trouxe a ideia de representação política. Se antes as decisões eram tomadas por pessoas reunidas em assembleias nas praças públicas, estando os cidadãos constantemente envolvidos nos assuntos públicos, hoje os cidadãos elegem periodicamente seus representantes e já não mais participam de forma efetiva do processo político.

Por certo que se reconhece que as realidades são diversas. Não há como se comparar os limites territoriais e demográficos e os níveis de informação da antiguidade com os Estados modernos. No mesmo sentido, tem-se ainda o alargamento dos sujeitos tutelados pelo sistema democrático, uma vez que o exercício da cidadania era restrito à pequena parcela da população.

Ocorre que, apesar de sua utilização em larga escala já há vários anos, a democracia por meio de representação tem sido objeto de críticas e de descrédito em face de um mundo globalizado; isso porque, ao longo da sua história, a democracia na sua forma representativa foi objeto de ações e teorias que negavam o protagonismo do seu agente principal, o povo.

A transformação operada com a democracia representativa, em clara oposição ao modelo inicial democrático da antiguidade, deveria ser caracterizada pela representação política, na qual o representante seria indicado para alcançar os interesses da nação (mandato livre), e não os de seus próprios representados (mandato imperativo). Contudo, apesar da vedação ao mandato imperativo ao longo de todas as constituições de democracia representativa, a prerrogativa do mandato por diversas vezes

¹ HARDT Michael; NEGRI Antônio, *Multidão: guerra e democracia na era do império*. São Paulo: Record, 2005.

foi violada por grupos autônomos, que buscam fazer valer interesses próprios (BOBBIO, 2000, p. 36).²

Norberto Bobbio aponta ainda, como fator negativo ao implemento do verdadeiro espírito democrático de representação, a persistência das oligarquias. O autor faz alusão à teoria das elites desenvolvida por Gaetano Mosca, sob influência de Pareto. Teoria esta posteriormente defendida por Joseph Schumpeter, que “acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites, mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular (BOBBIO, 2000, p. 38-39).”³

A nova geração de pensadores que adotou a teoria das elites passou a entender que as elites não eram mais um obstáculo à democracia, mas, sim, elementos necessários ao seu funcionamento (GRYNSZPAN, 1996, p. 51).⁴ O procedimento é que poderia diferenciar um sistema democrático de um autoritário.

O elitismo democrático propagado ao longo do século XX por meio do procedimentalismo, da concorrência e pelo modelo hegemônico, propagava um sistema democrático como mero método para formação do governo, colocando de lado os valores e, via de consequência, a sustância da democracia, sinalizando o rompimento entre o conteúdo e a forma democrática. Grynszpan aponta que as ideias de Mosca, Pareto e Michels, de cunho predominantemente antidemocrático, passaram a ser referenciadas, de maneira recorrente, como ensaios realistas de relativização do argumento democrático clássico (GRYNSZPAN, 1996).⁵

Para Samuel Huntington, a diminuição gradativa da participação popular nos sistemas democráticos representativos, aos quais ele denominada de aparente apatia, era, de outro vértice, sinal de vigor da democracia. Segundo Huntington, “o excesso de participação aumenta os conflitos sociais, põe em risco a continuidade do sistema, gera um

² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 12ª reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 36.

³ *Idem*, p. 38-9.

⁴ GRYNSZPAN, Mario. A teoria das elites e sua genealogia consagrada. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Dumará, 1996, p. 51.

⁵ *Idem*, p.51.

excesso de demandas que o Estado é incapaz de processar (MIGUEL, 2002, p. 503).”⁶

No mesmo sentido, Joseph Schumpeter (1975) e seus seguidores buscavam neutralizar aqueles que reivindicavam um regime democrático mais participativo e igualitário. Para Schumpeter a etimologia da palavra democracia não é compreendida como o governo do povo, pois se resumia a um mecanismo para escolher e autorizar governos. A ênfase está no método ou no procedimento de escolha de lideranças, que devem conduzir os complexos assuntos públicos das sociedades modernas. “O papel do povo é formar um governo [...] o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor.”⁷

Boaventura de Souza Santos, com base nas análises de Schumpeter, destaca que

se por um lado, tal debate foi resolvido em favor da desejabilidade da democracia como forma de governo, por outro, a proposta que se tornou hegemônica ao final das duas guerras mundiais implicou em uma restrição das formas de participação e soberania ampliadas em favor de um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos. (SANTOS, 2002, p. 40).⁸

Assim, a participação popular nos espaços públicos de tomadas de decisão, bem como a sua característica de protagonista do sistema democrático – governo do povo –, foi superada pela realidade. A sua par-

⁶ MIGUEL, Luís Felipe. A Democracia Domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. Dados – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n.º 03, 2002, pág. 503. Na realidade, diversamente do que atesta o teórico americano, as demandas sociais crescentes, originadas de um processo de maior participação, apenas demonstram que há necessidade de alargamento das prioridades governamentais, que num governo elitista, de baixa participação, via de regra ficam limitadas para um pequeno grupo, para quem a democracia é mais democrática.”

⁷ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1975, p. 327-328.

⁸ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002, p.40.

ticipação no processo político acabou por se pretender a valorização do seu voto e a votação em mero fetiche. O cidadão ficou restrito aos limites eleitorais (HABERMAS, 1983, p. 386).⁹

Segundo Habermas, no modelo concorrencial de Schumpeter,

esquece-se quase por completo a ideia da soberania popular. Não se leva em consideração que a democracia trabalha a favor da autodeterminação da humanidade e que, nesse sentido, participação política e autodeterminação coincidem. O importante, portanto, é saber se a participação política promove ou não o desenvolvimento de tendências democráticas. Deve-se considerar que a participação política, além de ser um produto, é também um elemento propulsor do difícil e incerto caminho da humanidade em direção à sua própria emancipação. Com isto, evita-se o perigo de tratá-la como um fator que, ao lado de outros, garantem o equilíbrio do sistema e de reduzir democracia a simples regras de um jogo. (HABERMAS, 1983, p. 376).¹⁰

Ainda Habermas, ao analisar o modelo concorrencial proposto por Schumpeter, expõe que a situação do

povo, no plano jurídico, continua sendo soberano e, no plano político, para suas decisões, tem à sua disposição no Parlamento uma instituição provida constitucionalmente de todos os poderes desejáveis, visto sob um prisma democrático. Por isso coloca-se a questão de se a participação dos cidadãos na vida política pode ter ainda hoje uma verdadeira função, por mais que já não a tenha no presente momento. (HABERMAS, 1983, p. 386).¹¹

Em sentido oposto, para os autores que advogavam pelo alargamento e pela ampliação das garantias democráticas, o desinteresse demonstrado pela população em relação ao processo eleitoral é uma prova da perda de legitimidade da democracia representativa, e não de seu vigor.

A redução da democracia ao “método para promover o bem comum através da tomada de decisões pelo próprio povo, com a interme-

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Participação Política*, in CARDOSO, F. H. & MARTINS, C. E., “Política e Sociedade”. São Paulo-SP. Nacional, 1983, p. 386.

¹⁰ *Idem*, p. 376.

¹¹ *Bis in idem*, p. 386.

dição dos seus representantes” (SCHUMPETER apud MIGUEL, 2002, p.500) ¹² começou a perder espaço a partir da nova concepção do procedimentalismo societário participativo e informacional.

Assim, Habermas propôs uma nova concepção de democracia, cujo nexos constitutivo entre direito e poder político ocorreria por meio de contextos comunicacionais do mundo da vida, oriundos da esfera pública e privada. Ou seja: a legitimação do processo democrático, com fundamento na teoria do discurso, pressupõe fluxos da periferia ao centro decisório administrativo, legislativo ou Judiciário, antes de retornar ao ciclo de implementação. (LUBENOW, 2010, p. 228). ¹³

Nas palavras de Boaventura de Souza Santos (2002), sob essa nova ótica, ampliou-se o conteúdo do procedimentalismo proposto por Kelsen, como forma de superar a visão dada por outros teóricos que o interpretavam como método de constituição de governos. O procedimentalismo como prática social deu-se a partir da introdução de dois elementos na reflexão democrática contemporânea:

1 - uma condição de publicidade capaz de gerar uma gramática societária – consideração da esfera pública como local em que os indivíduos, sem distinção, problematizem publicamente situações de desigualdade e exclusão na esfera privada da sociedade. Essas ações em público se dão com base no que Habermas denomina de princípio D: “apenas são válidas aquelas normas - ações que contam com o assentimento de todos participantes de um discurso racional .

2 - um princípio de deliberação amplo – um procedimentalismo social e participativo. Um procedimentalismo que tenha suas bases na pluralidade das diversas formas de vida existentes na sociedade. (HABERMAS apud SANTOS, 2002, p. 52). ¹⁴

¹² Schumpeter apud MIGUEL, Luís Felipe. *A Democracia Domesticada: bases anti-democráticas do pensamento democrático contemporâneo*. Dados [online]. 2002, vol. 45, n.3, pág. 500.

¹³ LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 228, jun. 2010. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 nov. 2015.

¹⁴ HABERMAS apud SANTOS, SANTOS, Boaventura de Souza e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: Os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002, p.52.

Ao acrescentar dois novos elementos à teoria procedimentalista – direito de participação e de comunicação política, amplia-se a concepção de democracia, pois além de envolver a escolha de representantes, também se possibilita a inserção dos cidadãos nos espaços públicos que envolvem a sociedade – conhecimento e participação.

O voto não é mais o elemento suficiente para legitimar o sistema democrático. Uma sociedade efetivamente democrática deve ter cidadãos informados, que participem racionalmente do processo de deliberação de tomada de decisões.

Para concluir este tópico, observa-se que a fonte primária de legitimação do sistema democrático é o cidadão, o qual deve estar posicionado de forma ativa na relação entre o Direito e a democracia. O agir comunicativo e o acesso à informação caminham paralelamente no fluxo comunicacional da participação do privado (cidadão) na esfera pública. Estes elementos (erigidos a princípios) interagem e se materializam como instrumentos da democracia participativa, de forma a contribuir para a efetivação da cidadania.

3 A Busca da Legitimidade do Direito como Pressuposto da Democracia

A complexidade das sociedades modernas, caracterizada pela diversidade de valores sociais, culturais, morais e religiosos, além da ampliação e da multiplicidade de valores individualmente protegidos do ser humano, demandou do Direito uma versatilidade capaz de conciliar os seus antagonismos, estes, mecanismos reguladores da sociedade. (SELVATTI, 2015).¹⁵

A relação entre o Direito e a democracia é ressaltada por Bobbio (2004) na obra *Era dos Direitos*, quando o autor afirma que “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico.”¹⁶ Ao conjugar estes três elementos ele concluiu que

¹⁵ SELVATTI, Giovana Clair Alves Loureiro. *A relação interna entre democracia e direitos fundamentais: um estudo à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10621>. Acesso em: 05, novembro, 2015.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. 8ª. ed. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.5.

“sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia”¹⁷, porque “não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.”¹⁸. Uma sociedade democrática pressupõe a existência de cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando há um sistema jurídico que lhes assegure um mínimo de direitos necessários para uma vida digna.

Ao apresentar a obra “Era do Poder” de Norberto Bobbio, Celso Lafer (2004) assevera que “Pode haver direito sem democracia mas não há democracia sem direito, pois esta exige normas definidoras dos modos de aquisição e exercício do poder.”¹⁹. Em nítida alusão ao pensamento do pensamento do filósofo italiano, Lafer explicita que não há democracia sem um sistema de regras anteriores, preestabelecidas e a serem devidamente observadas pela sociedade.

O ordenamento jurídico, conjunto de normas que dispõe sobre as regras, os princípios e os procedimentos, cuja finalidade é a resolução pacífica de conflitos deve, necessariamente, prever mecanismos pelos quais as opiniões e os interesses antagônicos, contraditórios ou conflitantes se expressem consoante o postulado da liberdade.

Ora, se o que caracteriza a democracia contemporânea é justamente a existência de um conjunto de princípios e de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos, então, do ponto de vista estritamente formal, é a norma jurídica de uma maneira ampla que vai definir a gradação democrática de uma determinada sociedade. (GENTILLI, 2002, p. 39).²⁰

A democracia passa a ser entendida como um direito e não apenas como forma de governo, uma vez que busca superar a crise de legitimidade do direito e da aplicação da justiça ao interesse universal, como ensina Paulo Bonavides:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima

¹⁷ *Idem*, p.5.

¹⁸ *Bis in idem*, p.5.

¹⁹ LAFER, Celso. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8ª reimpressão. Rio de Janeiro:Elsevier, 2004, p. VIII.

²⁰ GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. *Revista Famecos*. n. 19. Porto Alegre, Dezembro de 2002, p.39.

universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.(BONAVIDES, 2007, p. 571).²¹

Uma sociedade realmente democrática exige o aperfeiçoamento dos atores envolvidos no processo de sua formação. A ampliação da participação social nos espaços públicos e a democratização de setores tidos como estratégicos, como a comunicação social e os meios de formação de consciência e de informação, são garantias necessárias para a construção de uma sociedade democrática.

Frente à crise da democracia, Paulo Bonavides (2003) entende que é necessário repolitizar a legitimidade da democracia, ampliando os mecanismos de democracia participativa.

Repolitizar a legitimidade equivale a restaurá-la, ou seja desmembrá-la dessa legalidade onde ela na essência não existe, porque o povo perdeu a crença e a confiança na república das medidas provisórias e na lei dos corpos representativos, cada vez mais em desarmonia com a sua vontade, suas aspirações, seus interesses existenciais. (BONAVIDES, 2003, p. 484).²²

A superação da falta de legitimidade democrática (descrédito e apatia política pela ausência de informação e participação popular), fortemente sustentada pelos movimentos hegemônicos, foi aos poucos

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 571.

²² BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa como alternativa constitucional ao presidencialismo e ao parlamentarismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n.º 3, 2003, pág. 484.

perdendo espaço pelo conceito de democracias comunicativa e ativa concebidas por meio da teoria do discurso de Habermas. Esta teoria possibilitou a instituição de um direito, cuja legitimidade está diretamente ligada às garantias das liberdades subjetivas e participação ativa dos cidadãos.

Melo (2005) explica que “A ideia central é a de que o direito positivo, mesmo sucedendo o direito natural, ainda tem a pretensão de ser racional na medida em que procura garantir a liberdade e apoiar-se, por sua vez, na legitimidade.”²³. Sob esta ótica, só haverá verdadeira democracia quando o direito for legítimo. Legitimidade que pressupõe a liberdade de discurso.

Habermas afirma que numa democracia a autonomia pública é importante, mas não há como nos afastarmos dos direitos fundamentais de cada cidadão, e que somente seria possível conjugar essas duas autonomias por meio da sua teoria discursiva. Daí a importância da superação desses dois paradigmas, os quais propagam para o atual sistema de direitos profunda crise de legitimidade na produção normativa e, ainda, um grande abismo na aplicação da justiça ao interesse universal. (SELVATTI, 2015).²⁴

Partindo do pressuposto de coexistência e da relação de interdependência entre as autonomias pública e privada, a teoria do discurso conjugou ideais liberais e republicanos²⁵, até então fragmentados e independentes, de modo a afirmar que apesar de possuírem conteúdos semânticos próprios, os direitos humanos e a soberania popular desem-

²³ MELO, Rúrion Soares. Habermas e a estrutura “reflexiva” do direito. *Revista Direito GV*. São Paulo v.1, n.1. Maio 2005, p.68.

²⁴ SELVATTI, Giovana Clair Alves Loureiro. *A relação interna entre democracia e direitos fundamentais: um estudo à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10621>. Acesso em: 05 nov. 2015.

²⁵ Na visão liberal do direito, numa sociedade democrática contemporânea existirão várias concepções individuais e distintas do que seja uma vida digna e, portanto, a autonomia privada deveria prevalecer sobre a autonomia pública. Já na visão republicana ou comunitarista, o direito do cidadão deveria ceder à vontade da maioria política, ou seja, o público prevaleceria sobre o privado. (SELVATTI, Giovana Clair Alves Loureiro. *A relação interna entre democracia e direitos fundamentais: um estudo à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10621>. Acesso em: 05 nov. 2015).

penham papéis que se complementam dentro de um Estado Democrático de Direito. Para Canotilho (2003) ²⁶, a teoria da democracia discursiva busca solucionar de forma universal questões problemáticas da sociedade em meio a regras do discurso, sem, contudo, fundar-se em premissas unicamente liberais (do homem), ou tampouco exclusivamente na visão republicana (regras de moral de uma comunidade).

Habermas afirma que numa democracia a autonomia pública é importante, mas não há como nos afastarmos dos direitos fundamentais de cada cidadão. (SELVATTI, 2015). ²⁷ E, concluiu

A cooriginariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 138). ²⁸

A garantia da intangibilidade dos direitos básicos assegura a autonomia pública e privada dos cidadãos, para que estes possam participar ativamente dentro de uma esfera de liberdade e igualdade, “no qual a única forma de coerção seja a do melhor argumento.” ²⁹ A propósito, é na esfera pública onde são captados os fluxos de comunicação que re-

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1417.

²⁷ SELVATTI, *Idem*. Acesso em: 05 nov. 2015.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 138.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização* – 3 ed. revista atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 56.

fletem os reais problemas da sociedade; nesse espaço são filtradas e sintetizadas as opiniões coletivas - agrupamento de autonomias privadas.³⁰

A livre e ampla discussão, além de conciliar as tensões entre as autonomias públicas e privadas, exerce o papel de componente jurídico prévio à tomada de decisão de interesse coletivo. Na mesma linha, atua diretamente como fator de legitimação das normas jurídicas.

4 O Acesso à Informação como Instrumento de Integração entre o Direito e a Democracia

A ideia de democracia, já trabalhada ao longo do presente texto, não pode ser limitada ao direito do exercício de votar e de ser votado, ou nas formas de participação direta como plebiscito e referendo. Para que a democracia se materialize é necessária a participação social nos espaços públicos decisórios. Neste contexto, tem-se como pressuposto a transparência nas relações entre o governo e os governados, através de um fluxo comunicacional contínuo entre a esfera privada, a esfera pública e o político, a fim de que se possa atingir a máxima da representação e da sua legitimidade.

Para Bobbio (2000) a democracia deve reger-se pelo “o poder público em público”³¹, uma vez que surgiu com o propósito de eliminar da sociedade o “poder invisível” e dar suporte a um governo cujas ações devem se pautar pela publicidade, visibilidade e transparência dos fatos

³⁰ “Uma soberania popular interligada internamente com as liberdades subjetivas, entrelaça-se, por seu turno, com o poder politicamente organizado, de modo a que o princípio ‘todo o poder político parte do povo’ vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade. No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos” (HABERMAS, 173; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. p. 173).

³¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 12ª reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 41.

relatos à esfera pública.³² Uma vez assegurado o acesso à informação pública, o cidadão poderá exercer a sua liberdade de escolha nos espaços públicos.

Se a democracia tem como um dos pilares de sustentação a opinião pública³³, fonte direta da afirmação de valores, o acesso à informação permite que os cidadãos tenham maiores condições de atuarem sobre a sociedade, de exprimirem de forma mais eficaz seus desejos e ideias, e, ainda, que possam participar ativamente nas decisões coletivas que lhes digam respeito. (MILLARÉ apud BARROS, 2004, p. 3).³⁴

Um sistema que ao expandir os direitos políticos permite a participação do cidadão no debate público, cuja racionalidade e conhecimento são considerados elementos imprescindíveis no processo comunicacional, requer a realização de procedimentos sociais de mediação que caracterizem as particularidades da transparência, sob a perspectiva do denominado direito à informação.

O acesso à informação é pressuposto básico de legitimidade do sistema democrático, representativo ou participativo, forma ou substancial. É ainda consagrado como direito fundamental ao exercício de outros direitos, como sociais e políticos, uma vez que se encontra previsto em convenções e tratados internacionais como a Declaração Universal

³² Uma das razões da superioridade da democracia diante dos Estados absolutos, que tinham revalorizados os arcana imperii e defendiam com argumentos históricos e políticos a necessidade de fazer com que as grandes decisões políticas fossem tomadas nos gabinetes decretos, longe dos olhares indiscretos do público, fundava-se na convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao “poder sem máscara” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 12ª reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 42).

³³ Entende-se que a maior ou menor relevância da opinião pública entendida como opinião relativa aos atos públicos, isto é, aos atos próprios do poder público que é por excelência o poder exercido pelos supremos órgãos decisórios do Estado, da res publica, depende da maior ou menor oferta ao público, entendida esta como visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e portanto controlabilidade dos atos de quem detém o supremo poder. (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. p. 103.)

³⁴ MILLARÉ apud BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A Proteção legal do acesso a informações sobre as atividades causadoras de impactos ambientais. *Revista Eletrônica PRPE*, jul. 2004, p. 3.

dos Direitos dos Homens ³⁵, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, o Programa Nacional das Nações Unidas para o Desenvolvimento, a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade e Expressão, Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos .

Segundo Canotilho e Moreira (1993), o acesso à informação é composto por “três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.” ³⁶. O primeiro nível, o direito de informar, assegura aos indivíduos a possibilidade de se comunicar, de se expressar e de comunicar fatos e acontecimentos a outrem expressão; ou seja, traduz-se na ideia de conferir aos membros da sociedade meio para informar. Já o direito de se informar, contempla a liberdade de acesso à informação, isto é, trata-se do direito do povo de conseguir a informação referente ao trato dos negócios públicos e todas as informações que sejam relativas às pessoas que estão investidas de cargos públicos, ou sobre a qual exista relevância pública. ³⁷ (AMARAL, 2003, p.478). E, por fim, o direito de ser informado pode ser “compreendido como o direito de receber informações, não pode ser entendido sem algumas restrições exegéticas” (ARAÚJO et. al., 2004, p. 120) ³⁸, é “o direito de ser mantido constantemente informado sobre os negócios e atividades públicas.” ³⁹.

³⁵ Artigo 19. Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras.

³⁶ O direito à informação [...] integra três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir de forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha da informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito de ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação [...] e pelos poderes públicos [...] (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 189).

³⁷ AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *O closed caption, a legenda animada, como direito fundamental de informação de terceira geração*. Bauru: ITE, 2003. 509 f. Dissertação (Mestrado) - Instituição Toledo de Ensino, 2003, p. 478.

³⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120.

³⁹ *Idem*.

O direito à informação, diversamente da gama de outros direitos decorrentes do sistema democrático, não é “um direito-fim, um direito que se realiza em si mesmo. (GENTILLI, 2002, p. 39).”⁴⁰ Trata-se de um “direito-meio, um pressuposto” para que o “direito político se realize em melhores condições.”⁴¹ É por meio da informação e do conhecimento que ocorrerá o processo de amadurecimento democrático.

Gentilli afirma que não obstante o direito à informação se configurar como direito-meio, ele não perde a sua essência de direito em si. A complexidade que envolve a sua aplicação é que lhe dá esta conotação. Todos os ramos do direito se relacionam ou são dependentes de alguma forma do direito à informação. Assim, a ampliação da participação popular nas esferas públicas pressupõe a garantia do acesso à informação.⁴²

Justifica Gentilli (2002), ainda, que o direito à informação deve ser interpretado como o direito que possibilita ao cidadão ter as condições necessárias para o exercício pleno de seus direitos. Isso porque, se a cada um é permitido ter acesso ao maior número informações, suas escolhas e seus julgamentos terão maior carga de autonomia e legitimidade.⁴³

Galindo Ayuda (2012) destaca a essencialidade do acesso à informação como requisito prévio fundamental para a participação política do cidadão sob dois aspectos: informação material (conhecimento sobre o objeto de sua deliberação) e informação instrumental (conhecimento sobre o objeto de sua participação).

Completa lo hasta aquí expresado la consideración de que, obviamente, la democracia o la participación política no puede ser posta en práctica efectivamente en ninguna de las facetas reseñadas sin la satisfacción de un requisito prévio: que los ciudadanos estén informados o, lo que es lo mismo, tengan suficiente conocimiento sobre el objeto de su participación. (GALINDO, 2012, p. 36).⁴⁴

⁴⁰ GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. *Revista Famecos*. n. 19. Porto Alegre. Dez. 2002. p.39.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Bis in idem*, p. 43.

⁴³ *Bis in idem idem*.

⁴⁴ GALINDO AYUDA, Fernando. *Democracia, Internet y Gobernanza: una concreción*. Sequência Florianópolis, n. 65, 2012, p. 36.

Assim, a participação efetiva do cidadão na esfera pública está diretamente ligada aos níveis informacionais a que está submetido. O cidadão deve ter livre acesso aos conteúdos públicos necessários ao exercício de seu papel dentro da sociedade. Por certo que, quando se aborda a temática informação deve-se levar em consideração a questão ética e do direito à intimidade ao “dar o máximo de publicidade a tudo que se refere à esfera pública e manter secreto tudo aquilo que se referir à esfera privada. (GENTILLI, 2002, p. 46).”⁴⁵.

Um dos grandes desafios das sociedades da atualidade é reinventar a democracia, partindo-se do pressuposto de alargamento da rede de comunicação entre os representantes e os representados. O aprofundamento democrático deve proporcionar a disseminação da informação, isso porque “a informação é o oxigênio da democracia. Um indivíduo só pode exercer plenamente sua liberdade de escolha se tiver a oportunidade de acessar informações completas, verídicas e de qualidade.”⁴⁶

5 Considerações Finais

É notório que a democracia tem sido remodelada ao longo da história. Já assumiu caráter direto, representativo, e atualmente está predisposta a participação. Talvez por essa característica que lhe é peculiar, que o sistema democrático tem se consolidado no tempo.

Todas as fases experimentadas contribuem para o amadurecimento do processo democrático. Se na concepção inicial a participação direta dos cidadãos nas decisões coletiva era o modo procedimental mais adequado, com o passar dos anos e, em razão de diversos fatores (como o crescimento geográfico e populacional das cidades), o processo participativo foi sendo alterado de acordo com a necessidade da época.

Entretanto, o fundamento precípua da democracia sempre deve ser preservado, ou seja, dever-se resguardar o poder do povo e sua respectiva inserção nos espaços públicos decisórios, e, assim, por meio do agir comunicativo e do acesso à informação trilha-se um novo caminho de legitimação para o sistema democrático.

⁴⁵ GENTILLI, *bis in idem idem*, p.46.

⁴⁶ *Acesso à informação*. Disponível em <<http://artigo19.org/blog/acesso-a-informacao/>>. Acesso em: 23 nov.2015.

O respeito às liberdades individuais possibilitou a (re)aproximação do cidadão e do Estado. Cada ator possui uma atribuição peculiar que se complementa dentro de um Estado Democrático de Direito. Assim, o alargamento da participação ativa do cidadão contribui para a superação da falta de legitimidade democrática do direito. E, via reflexa, amplia-se a concepção de democracia.

Outro fator de suma importância para a consolidação de uma sociedade democrática é o nível de informação a que o cidadão está submetido. O cidadão deve ter livre acesso aos conteúdos públicos para que possa exercer o seu papel participativo. Quanto maior o número informações, maior será a carga de autonomia e legitimidade de suas decisões.

Dessa forma, o aprofundamento democrático das sociedades modernas deve levar em consideração que a participação efetiva e consciente do cidadão na esfera pública está diretamente relacionada ao livre acesso aos conteúdos públicos, informações essas, essenciais para a liberdade de escolha.

Referências

Acesso à informação. Disponível em: <<http://artigo19.org/blog/acesso-a-informacao/>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O closed caption, a legenda animada, como direito fundamental de informação de terceira geração.** Bauru: ITE, 2003. 509 f. Dissertação (Mestrado) - Instituição Toledo de Ensino, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A Proteção legal do acesso a informações sobre as atividades causadoras de impactos ambientais. **Revista Eletrônica PRPE**, jul. 2004.

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

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. 8ª. ed. reimpressão. Rio de Janeiro:Elsevier, 2004.

_____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 12ª reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. A democracia participativa como alternativa constitucional ao presidencialismo e ao parlamentarismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n.º 3, 2003, p. 484.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

GALINDO AYUDA, Fernando. **Democracia, Internet y Gobernanza: una concreción**. Sequência (Florianópolis), n.º 65, 2012.

GRYNSZPAN, Mario. A teoria das elites e sua genealogia consagrada. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Dumará, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **Participação Política**, in CARDOSO, F. H. & MARTINS, C. E., Política e Sociedade. São Paulo-SP. Nacional, 1983.

HARDT, Michel e NEGRI, Antônio. Multidão: **Guerra e democracia na era do Império**. São Paulo: Record, 2005.

LAFER, Celso. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 8ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 227-258, June 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso em 30 nov. 2015.

MELO, Rúrion Soares. Habermas e a estrutura “reflexiva” do direito. **Revista Direito GV**. São Paulo. V. 1. n. 1. Maio 2005.

MIGUEL, Luís Felipe. A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. Dados – **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 03, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia: Os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. **Revista Famecos**. n. 19. Porto Alegre. Dez. 2002.

SELVATTI, Giovana Clair Alves Loureiro. **A relação interna entre democracia e direitos fundamentais: um estudo à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10621. Acesso em: 05 nov. 2015.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1975, p. 327-328.

Schumpeter apud MIGUEL, Luís Felipe. **A Democracia Domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo**. Dados [online]. 2002, vol.45, n.3, pág. 500.

Felipe Wildi Varela - Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis - Santa Catarina, Brasil. varela@pge.sc.gov.br.

Pedro Manoel Abreu - Docente titular dos Cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UFSC. Desembargador do TJSC.

Sustentabilidade: nova percepção jurídica e os reflexos de sua aplicabilidade no cotidiano da Administração Pública

Sustainability: a new legal perception and the reflects of its applicability on the daily life of Public Administration

Karine Borges de Liz

Raulino Jacó Brüning

Resumo: O estudo da sustentabilidade enquanto realidade jurídica para além do Direito Ambiental é ainda incipiente. Muito embora seja dos temas da atualidade um dos mais instigantes, com reflexos imediatos e profundos no cotidiano da sociedade e das instâncias administrativas estatais. O presente ensaio propõe-se apresentar a discussão jurídica desse assunto nos dias correntes, demonstrando como o ordenamento jurídico tem se amoldado em razão desta realidade, principalmente no âmbito da Administração Pública. Por conseguinte, a demonstração do posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre a temática e a exposição do atual norteamento do Conselho Nacional de Justiça sobre o assunto fazem-se necessários para uma melhor compreensão deste importante tema.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Administração Pública. Tribunal de Contas da União. Conselho Nacional de Justiça.

Abstract: The study of sustainability perceived as a legal reality beyond the environmental law is still incipient, even though it is a current theme. It is also considered one of the most exciting topics, causing immediate and profound consequences in the daily experiences of society, and state administrative bodies. This paper aims to present a legal discussion of this matter nowadays, demonstrating how the law has been shaped by this reality, especially in the field of Public Administration. Therefore, the position of the Brazilian Court of Auditors on this subject as well as the current National Council of Justice guidelines on this subject are exposed in order to enable a better understanding of this important topic.

Keywords: Sustainability. Public Administration. Brazilian Court of Auditors. National Council of Justice.

1 Introdução

A ciência jurídica tem voltado sua atenção para um tema que vem ganhando importância dada a realidade vigente: a sustentabilidade como conceito jurídico que avança para além da noção de sustentabilidade ambiental. As razões para a investigação do assunto sob esse aspecto são diversas e graves.

Há, em termos gerais, grande tensão mundial gerada por desequilíbrios e desentendimentos de toda ordem – social, econômico, jurídico, cultural, ambiental etc. Por conseguinte, a busca por um ponto de equilíbrio nas mais diversas relações das pessoas com o seu meio (entendido este em amplo sentido), tem se mostrado como uma necessidade ingente à espera de atendimento. É nesse cenário que o termo sustentabilidade aparece, permeando discursos de diversas naturezas, chegando mesmo à sua banalização, em alguns casos.

Não obstante, é perceptível que a sustentabilidade é ainda pouco entendida em sua extensão e rasamente compreendida quanto às suas implicações – em especial no Brasil, mesmo quando a realidade mundial das pessoas e das instituições tem dado causa a que se busque conhecer e, mais do que isso, colocar em prática os postulados da sustentabilidade, sob pena de não haver realidade possível a ser discutida posteriormente.

Nesse contexto, o viés mais evidente da sustentabilidade ainda é o da sustentabilidade ambiental, tendo em vista o quadro mundial de descontrole climático e o ingresso em um nível tal de escassez de recursos fundamentais, como água potável, até então não experimentados de forma simultânea por um número tão grande de pessoas no planeta. Em consequência, conflitos e mazelas de toda ordem e amplitude tornaram-se habituais em nossa sociedade, com reflexos em várias esferas da vida humana.

O Direito, como ciência que busca, em última instância, a pacificação das relações sociais, tem voltado sua atenção para essa temática, complexa e multidisciplinar, ampliando a visão a respeito do tema para além das fronteiras do Direito Ambiental. Daí falar-se na atualidade da necessidade de se ter sistemas (dentre outros) administrativos, previdenciários, financeiros, econômicos, de produção sustentáveis.

Por exemplo, a Lei nº 12.187/2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos, no inciso X ¹ de seu art. 7º, de forma textual, assevera que a prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos deve ser dotada de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados, como maneira de garantir sua sustentabilidade operacional e financeira.

Essa realidade tem paulatinamente transformado o enfoque que se teve até então a respeito de várias práticas e postulados assentados no cotidiano da Administração Pública. Das mudanças mais perceptíveis, destaca-se o novo contorno dos procedimentos licitatórios, os quais passaram a ter também como perspectiva para a sua correta consecução, a sustentabilidade. Assim sendo, o conjunto normativo hoje existente sobre sustentabilidade, especialmente a ambiental, é considerável – indo de encontro aos acordos internacionais, passando por leis e decretos disciplinadores de diversos institutos, chegando a instruções normativas que visam dar concretude a vários comandos legais.

A par disso, instituições de alta envergadura no Brasil, como o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), têm envidados esforços para materializar os discursos de administração pública sustentável em relação aos recursos postos à disposição do Estado. Este é um desafio sem precedentes em razão da finitude dos recursos disponíveis e o crescimento exponencial das necessidades em nossa sociedade.

Em virtude desses fatos, o presente artigo foi escrito com o objetivo de contribuir para a melhor compreensão de tema tão relevante nos dias correntes. Por meio deste ensaio pretende-se, primeiro, prestar esclarecimentos acerca do conceito da sustentabilidade, compreendido para além da sustentabilidade ambiental; segundo, demonstrar como a sustentabilidade, em particular a ambiental, vem modificando a prática cotidiana da Administração Pública sob vários aspectos; terceiro, trazer

¹ Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: X - regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, com *adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados, como forma de garantir sua sustentabilidade operacional e financeira*, observada a Lei nº 11.445, de 2007. Grifos nossos.

ao conhecimento geral como instituições de grande relevância como o TCU e o CNJ têm encaminhado essa matéria em suas esferas de atuação. Por fim, são apresentadas as conclusões do presente estudo.

O método utilizado para tanto foi o qualitativo, com a revisão bibliográfica da produção científica de alguns dos estudiosos sobre o tema. Nesse tocante, verificou-se que a discussão – da sustentabilidade vista para além dos contornos do Direito Ambiental e inserida em outros contextos, principalmente o jurídico – é recente. Assim, a produção científica a respeito do assunto com mais atenção é ainda diminuta, embora a discussão desse tema esteja em franco crescimento.

É necessário sublinhar que, em razão da vastidão temática, a sua discussão neste ensaio foi direcionada para o debate jurídico sobre o tema, em especial sob os aspectos do Direito Administrativo e do Ambiental, buscando demonstrar, ainda que resumidamente, como se encontra a atual ordem jurídica sob a qual atua o administrador público. Salienta-se, por fim, a importância da exposição desta matéria no âmbito do TCU e do CNJ – o primeiro, por ser a instância constitucional no Brasil de avaliação e controle dos gastos dos recursos da Administração Pública Federal, os quais representam o maior volume de recursos estatais aplicados diretamente na sociedade; o segundo, em razão da progressiva concretude buscada aos preceitos da sustentabilidade aplicada à prática administrativa no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

2 A Discussão Jurídica do Tema na Atualidade – Aspectos Gerais e Específicos da Sustentabilidade

A doutrina mais abalizada da atualidade ² vem trabalhando para a consolidação de teorização jurídica consolidada acerca da sustentabi-

² Dentre vários autores destaca-se: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade direito ao futuro*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2012. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; DE ARAÚJO, André Fabiano Guimarães. *A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social*: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Uberlândia - UFU, 2011, v. 39, p. 261-291. DERANI, Chistiane. *Direito ambiental econômico*. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. DERANI, Chistiane. Aplicação dos princípios de direito ambiental para o desenvolvimento sustentável. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

lidade. Vista em um primeiro momento apenas sob a ótica ambiental – pois é a faceta que mais facilmente é percebida, tendo ocorrido por meio dela a sua inserção no ordenamento como preceito jurídico –, hoje os estudiosos acordam que se trata de um princípio normativo interdisciplinar de ampla aplicabilidade, que comporta vários aspectos relevantes os quais, por si só, constituem microssistemas normativos podendo-se citar, por exemplo: a sustentabilidade constitucional social, a sustentabilidade constitucional econômica, a sustentabilidade constitucional cultural, a sustentabilidade constitucional político-gerencial e a sustentabilidade constitucional ambiental.

Na base de cada um desses microssistemas está a ideia de equilíbrio, entendido este como uma equação cujo resultado é a satisfação responsável de necessidades presentes e a viabilidade de existência futura digna, com capacidade de manter-se com a maior constância possível (COELHO e ARAÚJO, 2011, p. 6). Nessa perspectiva, exemplificando, segundo Coelho e Araújo (*Idem*, p. 7; 9-12) a sustentabilidade constitucional econômica reflete-se na busca pelo equilíbrio entre o uso de recursos naturais e a produção de riquezas. Já a sustentabilidade constitucional político-gerencial está relacionada a melhor tomada de decisão para o coletivo social, haja vista que as decisões dessa natureza refletem diretamente no “equilíbrio sistêmico do complexo convívio humano”. Basta citar, como exemplo, o impacto que há no direcionamento de uma forma ou de outra dos gastos públicos com saúde ou com mobilidade urbana.

Nesse contexto, a definição de sustentabilidade em uma perspectiva sistêmica, segundo os autores supracitados, mostra-se relacionada à:

[...] continuidade dos aspectos econômicos, políticos, sociais, culturais e ambientais da sociedade humana [devendo, portanto, se basear em cinco alicerces] tendo de ser economicamente viável, politicamente adequado, socialmente justo, culturalmente aceito e ecologicamente correto. (COELHO E ARAÚJO, 2001, p. 5).

Por sua vez, Freitas (2013) traz o seguinte conceito de sustentabilidade:

[...] a sustentabilidade, no sistema brasileiro, é princípio de estatuto constitucional (CF, arts. 3º, 225, 170, VI), incidente no âmbito do sistema administrativo, de sorte a alterar os seus pressupostos e a se converter na mais provável e expressiva fonte de inovação. O conceito de sustentabilidade, aqui defendido, é o de *princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador e ético no intuito de assegurar, no presente e no futuro, o direito fundamental ao bem estar*; [...]. [Grifos nossos].

Nesse diapasão, o assento da sustentabilidade como norma jurídica no Brasil é o texto constitucional, pois dele emana a força de sua aplicabilidade sistêmica, transcendendo ao patamar de valor constitucional, materializando-se, assim, como princípio, como normas, leis, regras e preceitos diversos. Na ordem internacional, tratados e normas de toda espécie respeitantes à sustentabilidade multiplicam-se e ganham relevância na medida em que os padrões até agora vigentes de normas que tratam da coexistência humana em seus aspectos mais basilares têm se mostrado débeis e/ou obsoletos, quando não inócuos.

Assim, observa-se que apesar dos múltiplos aspectos inerentes à sustentabilidade, todos convergem para a sua noção fundamental como forma de se alcançar um ponto de equilíbrio, no qual seja possível conciliar os interesses e direitos fundamentais da presente e das futuras gerações. Por isso falar-se na sustentabilidade dos sistemas previdenciário ³, financeiro, econômico etc., pois estes devem atender não apenas às carências do agora, mas, principalmente, do que está por vir.

Sob este prisma, a sustentabilidade, em particular a ambiental, ganha relevo especial no ordenamento jurídico mundial porquanto de fato, tenham os povos consciência disso ou não, a existência humana está na iminência de vivenciar um de seus piores momentos históricos para a sua sobrevivência, por conta dos desarranjos ambientais (sentidos e percebidos mais de perto pelas drásticas mudanças climáticas já em curso). Tais problemas não são mais projeções de futuro, são questões de

³ Nesse sentido, o TCU lançou uma série de vídeos sobre a sustentabilidade dos sistemas de previdência social que podem ser acessados em <https://www.youtube.com/watch?v=NswkL_tgp_E>.

nosso tempo e que reclamam medidas eficazes e para além dos discursos teóricos.

Por todo esse contexto, a Conferência do Clima realizada em Paris no final de 2015 foi aguardada como evento decisivo do qual se esperava o surgimento um novo marco legal de compromisso entre as nações, a fim de conter os nefastos efeitos que a ainda vigente cultura de consumo e desenvolvimento predatórios ⁴ nos trouxe. Por essas razões, a referida conferência teve o aval da Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, e o respaldo das mais importantes autoridades mundiais.

Martin Wolf (2015), comentarista chefe de Economia no jornal britânico *Financial Times*, participante do Fórum de Davos desde 1999 e

⁴ O consumo inconsequente de produtos ainda é uma característica bastante forte nas últimas gerações. Não apenas se consome muito, como se consome mal e de forma degradante. O uso desenfreado de plásticos e descartáveis, por exemplo, levou pesquisadores da Universidade de Leicester, na Inglaterra, a apresentarem um estudo sobre os efeitos de longo prazo do plástico nos oceanos e no solo (TRIGUEIRO, 2016). Os resultados dessa pesquisa são preocupantes. O comodismo e modismos em geral têm feito com que se acumule uma carga ingente de detritos, vários deles tóxicos, que se acumulam e se alastram pelo solo, pelas águas e pelo ar. As empresas e indústrias ainda se guiam por práticas que não levam em conta de fato a sustentabilidade de seus meios de produção e o impacto de seus produtos na sociedade. As instâncias estatais começam a tomar as primeiras medidas mais efetivas no sentido. Nessa vertente, no Brasil foi editada a Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015, que instituiu a Política de Educação para o Consumo Sustentável. Pelo texto da lei, o consumo sustentável é entendido como “o uso dos recursos naturais de forma a proporcionar qualidade de vida para a geração presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras” – parágrafo único do art. 1º. Não obstante, há iniciativas bem mais ousadas e práticas no mundo, por exemplo, na China que anunciou na COP21, a conferência sobre mudança climática, que vai reduzir consideravelmente suas emissões de carbono. Como bem observa LEMOS (2015), não há altruísmo nessa deliberação. A China assim o faz porque enxerga no cenário atual “uma enorme oportunidade econômica: apostar em tecnologias verdes e em energia limpa, setor que estará em alta nas próximas décadas. O governo chinês vai investir US\$ 2,5 trilhões (R\$ 9,4 trilhões) nos próximos 15 anos em energia limpa. A estratégia é promover colaboração entre empresas globais e empresas chinesas, com foco em inovação. É uma lástima que o Brasil não tenha se posicionado com força nesse jogo. Nosso país tem tudo para ser líder nele. Só que a falta de visão - simbolizada pelo encanto com o pré-sal - nos tirou da rota”. As nações que se aperceberem dessa nova realidade e as empresas que incorporarem a ideia de sustentabilidade nas suas cadeias produtivas serão as que terão melhores condições de sobreviver em uma realidade cujos estudos mais abalizados apontam que será caracterizada pela limitação ou ausência dos recursos mais básicos, como água potável.

do Conselho Internacional de Mídia, ao fazer acurada análise sobre o referido evento pondera que, no estágio atual, o acordo resultante de Paris é “[...] muito mais do que o mundo poderia ter esperado razoavelmente um ou dois anos atrás. Mas também é muito menos do que ele precisa”. Isso porque, segundo o articulista:

Como está hoje, na melhor das hipóteses, ele vai abrandar o ritmo em que o mundo chegará a um possível desastre. [...].

As conquistas dos negociadores, presididos habilmente pelo governo francês, estão longe de serem nulas. Elas mostraram que é possível que os países do mundo concordem em torno de uma ação em resposta a um perigo comum, mesmo que ele pareça algo remoto e incerto para muitos dos que vivem hoje. [...]. O que realmente importa não é o acordo de Paris, mas o que vem em seguida. Os planos nacionais devem ser e se tornar ambiciosos rapidamente. O mundo também precisa de um novo padrão de investimento e de novas fontes de financiamento, apoiadas pela troca de incentivos. [...].

Esse acordo foi duramente conquistado. Mas é apenas um pequeno passo, mesmo que na direção certa. É muito cedo para ter certeza de que a curva das emissões vai agora virar decisivamente para baixo. Lao Tsé, o antigo sábio chinês, disse: “Uma longa viagem começa com um único passo.”

A questão é se a humanidade tem a vontade ou até mesmo tempo para terminar uma viagem que começou tão tarde. (WOLF, 2015).

Essa necessidade da aplicabilidade dos conceitos da sustentabilidade no campo das decisões políticas de Estado, em especial a ambiental, tendo consequência direta no trato e condução dos atos e procedimentos da Administração Pública, remonta ao posicionamento formal que a Organização das Nações Unidas fez sobre o tema, ainda em 1987, no Relatório “Nosso Futuro Comum”, fruto de trabalho desenvolvido pela Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecido como Relatório *Brundtland*.

Após esse marco, outros eventos tendo foco na sustentabilidade foram realizados destacando-se, a Conferência Rio-92, da qual resultou a Agenda 21; e a Rio+20, no qual foi lançado o Programa-Quadro de 10 anos para Consumo e Produção Sustentáveis, que teve como resultado o Programa de Compras Públicas Sustentáveis lançado em abril de 2014

e capitaneado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com o fito de dar apoio a essa prática nos governos.

O Estado brasileiro, no influxo desses fatos e como partícipe de acordos e tratados internacionais que versam sobre essa matéria, teve significativa modificação em seu ordenamento jurídico, chegando mesmo a ocorrer mudança de paradigma, especialmente no que tange às contratações públicas. A maioria dos agentes públicos e operadores do Direito ainda não perceberam a modificação ocorrida, causando baixa efetividade de várias dessas prescrições legais.

Acerca dessa nova ordem no contexto cotidiano da Administração Pública brasileira, Freitas (2013) acertadamente pondera que:

[...] a sustentabilidade, em consórcio indissolúvel com os demais princípios, vincula, com eficácia negativa, a discricionariedade. No limite, a obra ineficiente, o serviço nefasto e o produto nocivo compõem o quadro de condutas ilícitas, uma vez que violadoras do princípio.

Por outras palavras, não se admite a liberdade contratual para descumprir a função ambiental, social e econômica dos contratos administrativos. Parafraseando o art. 421 do Código Civil, a liberdade de contratação administrativa só poderá ser exercida “em razão e nos limites” da sustentabilidade.

Não obstante os obstáculos existentes há um considerável esforço mundial para que os comandos legais que tratam dessa temática passem para a realidade, ou seja, que o intento benéfico inscrito nas normas seja levado a efeito prático na vida cotidiana das sociedades. Nessa esteira, o ordenamento jurídico brasileiro foi progressivamente evoluindo como é possível observar pelas normas destacadas a seguir:

- 1981 – edição da Lei nº 6.983, que estabelece as diretrizes gerais da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA). Em seu art. 4º, inciso I, é prescrito que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à *compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*;

- 1988 – promulgação da Constituição Federal brasileira que, por seus arts. 225 ⁵ e 170, VI ⁶, dentre outros dispositivos, consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- 2009 – edição da Lei nº 12.187, que define as diretrizes da Política Nacional da Mudança do Clima (PNMC). Em seu art. 6º, inciso XII ⁷, prescreveu, como um dos instrumentos da PNMC, o *estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas, e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos*;
- 2010 – edição da Lei nº 12.305, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), estabelecendo, pelo seu art. 7º, inciso XI, como objetivo da PNRS, *a priorização, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis, assim como para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis*. Este mesmo

⁵ Art. 225. Todos têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.[...]. [Grifo nosso].

⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim *assegurar a todos existência digna*, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]; VI - *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) [Grifo nosso].

⁷ Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: XII - *as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos*; [Grifo nosso].

dispositivo legal traz ainda diversos comandos importantes, todos convergentes ao que se consagrou nominar como desenvolvimento sustentável ⁸;

⁸ Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - proteção da saúde pública e da qualidade ambiental;

II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;

III - *estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços*;

IV - *adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais*;

V - redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos;

VI - incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados;

VII - gestão integrada de resíduos sólidos;

VIII - *articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial*, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos;

IX - capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos;

X - regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, com *adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados, como forma de garantir sua sustentabilidade operacional e financeira*, observada a Lei nº 11.445, de 2007;

XI - *prioridade, nas aquisições e contratações governamentais*, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) *bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis*;

XII - integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a *responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos*;

XIII - estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto;

XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético;

XV - estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável. [Grifos nossos].

- 2011 – edição da Lei nº 12.462, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O art. 4º⁹ dessa norma traz *preceitos referentes à busca da sustentabilidade sob diversos aspectos – urbanístico (inciso IV); de proteção*

⁹ Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - *busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;*

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014);

V - *utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação;* e

[...].

§1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - *avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;*

V - *proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;* e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§2º *O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.* [Grifos nossos].

ao patrimônio cultural, histórico, arquitetônico e imaterial (inciso V); de acessibilidade (inciso VI) –, a serem observados quando da realização de licitações e contratos sob esse regime. Salienta-se o conteúdo inscrito nos seus incisos I a III e nos §§ 1º e 2º, por trazerem várias prescrições de caráter de apoio à sustentabilidade, não apenas a ambiental. Destaca-se também para o consignado no inciso III, a busca da maior vantagem para a administração pública considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância, diretriz esta a ser considerada quando da feitura de licitações e contratos dessa natureza, dotando tais procedimentos de racionalidade mais profícua e acordada com a realidade atual.

Nessa evolução legislativa merece especial atenção a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 3º¹⁰, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.349/2010, pelo qual ficou expressamente estabelecido que a licitação objetiva, também, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. O Decreto nº 7.746/2012, regulamentador desse dispositivo, estabeleceu as diretrizes para o desenvolvimento sustentável nas contratações federais, criou a Comissão Interministerial de Sustentabilidade Pública e definiu, ainda, a obrigatoriedade de elaboração dos Planos de Gestão Sustentável.

Os referidos comandos guardam relação direta com as chamadas contratações públicas sustentáveis, atualmente reconhecidas como um dos principais instrumentos de promoção da sustentabilidade no âmbito da Administração Pública Federal brasileira. Essa mudança na legislação do Brasil, como dito alhures, é resultado do esforço mundial de busca por medidas realistas para o alcance da sustentabilidade nos mais diversos aspectos. O Brasil como signatário de vários tratados internacionais,

¹⁰ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...].

e até mesmo para permanecer como partícipe de significativos acordos de repercussão nos negócios públicos e privados, passou a integrar o rol dos governos que utilizam as compras públicas como meio de promover ações consolidadoras da sustentabilidade, em especial a ambiental.

É consabido que as compras governamentais movimentam significativas somas financeiras, chegando a representar, segundo estimativas, de 8% a 25% do Produto Interno Bruto (SILVA, 2016) – calcula-se que no Brasil as compras públicas alcançariam o patamar de 10% do PIB. Essa força econômica direcionada para a adoção de critérios de consumo sustentáveis, segundo os estudiosos, teria repercussão positiva não apenas no setor público – pela modificação no padrão de compras e contratações obrigando a adoção de medidas menos agressivas e mais protetivas do meio ambiente por parte dos fornecedores –, mas também no setor privado, na medida em que esse novo padrão de consumo passa a ser disseminado em toda a sociedade como o “modelo comum/normal” de aquisição de bens e de consumo de produtos.

Essa séria mudança de paradigma está sendo acompanhada por várias dificuldades e discussões: há dúvidas sobre como operacionalizar na prática as contratações sustentáveis; há uma resistência comodista em vários setores; há temores diversos sobre as responsabilidades em se quebrar padrões bastante arraigados na cultura da Administração Pública (como a preferência pela aquisição de produtos que inicialmente mostram-se mais em conta em termos financeiros, porém, que com o passar do tempo, possuem um custo para a sustentabilidade muito alto).

É o que ocorre, por exemplo, na aquisição de equipamentos de tecnologia da informação que não respeitam as regras internacionais de segurança e de sustentabilidade, ao invés de serem adquiridos os chamados equipamentos de “TI Verde”, que respeitam as melhores regras de segurança e são compatíveis com os parâmetros da sustentabilidade.

Nesse sentido, a Administração Pública Federal brasileira tem investido em várias ações, como a formação e a disponibilização de bancos de dados sobre produtos, serviços e fornecedores que primam pela sustentabilidade – que podem ser acessados em sítios eletrônicos oficiais como é o caso do ComprasNet ¹¹, e a edição de normas orientadoras de práticas de sustentabilidade como, por exemplo, a Instrução Normativa

¹¹ Que pode ser acessado no endereço eletrônico < <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br>>.

SLTI/MP nº 01/2010¹² (a qual dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal) e a Instrução Normativa SLTI/MP nº 10/2012¹³ (a qual dispõe sobre os Planos de Gestão e Logística Reversa).

Em suma, não obstante o muito a ser feito, as dificuldades existentes e o obstinado apego a padrões de consumo obsoletos e insustentáveis ainda reinantes, as ações empreendidas até o momento por parte de vários atores do cenário político-internacional têm conseguido influenciar diversas nações a iniciar a modificação de seus padrões de consumo e de vida em busca de maior efetividade da sustentabilidade em seu mais amplo sentido.

O Estado brasileiro, no influxo dessa realidade e como partícipe da ordem internacional que envida esforços no sentido da implementação de um equilíbrio das várias forças atuantes no mercado e na sociedade com vista à sustentabilidade, tem levado a efeito ações que visam integrar a sustentabilidade no cotidiano das práticas da Administração como um todo e da sociedade em geral.

Nessa esteira, instituições de reconhecida importância – como o são o TCU e o CNJ – têm se constituído como agentes singulares na promoção da sustentabilidade como realidade jurídica benéfica e não apenas como discurso retórico. Em rápido panorama, a atuação dessas duas entidades nessa temática será tratada nos dois tópicos seguintes.

3 O Posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre a Matéria

A sustentabilidade, especialmente a ambiental, passou a ser abordada pelo TCU de forma mais expressa a partir de meados do ano de 2003, conforme pode ser verificado pelo teor dos seguintes julgados daquela Corte de Contas: Acórdão nº 1.846/2003 e Acórdão 1.852/2003, ambos do Plenário.

¹² Acessível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=295>>.

¹³ Acessível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/10584/1154501/Instruxo-Normativa-10-2012.pdf/228ebf79-20dc-4e74-b019-8cc613338>>.

Mais adiante, em 2010, constou no Acórdão nº 1.260-TCU - Segunda Câmara ¹⁴, em sua parte dispositiva, item 9.4, a recomendação de que fosse implementado trabalho específico por parte de equipes técnicas do TCU no sentido de avaliar em que medida as ações adotadas pela Administração Pública nas áreas de redução de consumo próprio de papel, energia elétrica e de água atingiram os objetivos propostos inicialmente (metas fixadas, acompanhamento, ações objetivas e concretas implementadas, marcos legais fixados, perspectivas, dentre outras questões julgadas relevantes pelas referidas unidades técnicas).

Essa determinação resultou na realização de auditoria operacional para a avaliação das ações adotadas pela Administração Pública Federal acerca do uso racional e sustentável de recursos naturais. As conclusões desse trabalho foram consignadas no Acórdão nº 1.752/2011-Ple-nário ¹⁵.

Este julgado, de singular importância, é tido como paradigmático quando se trata de saber o posicionamento do TCU sobre a matéria. E não sem razão. O referido arresto constitui-se em um profundo estudo sobre a realidade da Administração Pública Federal brasileira na temática da sustentabilidade e, em particular, da sustentabilidade ambiental. Dos vários tópicos merecedores de atenção do citado julgado, destacam-se, dada a relevância, os seguintes pontos:

- O uso racional e sustentável de recursos naturais é uma preocupação mundial que tem motivado a cooperação entre os países na busca de padrões de produção e consumo mais sustentáveis e de uma economia de baixo carbono. Um consumo mais racional e eficiente colabora com a redução da pressão sobre os recursos naturais e contribui para a diminuição das emissões de gases de efeito estufa, de forma a mitigar os efeitos das mudanças climáticas. Nesse sentido, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, a Agenda 21 e o Processo *Marrakech* definem as diretrizes que os países devem seguir para alcançar uma economia pautada na sustentabilidade. O Brasil, como signatário desses

¹⁴ Íntegra do referido arresto pode ser encontrada no endereço eletrônico <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvHighLight>>.

¹⁵ O inteiro teor desse acórdão pode ser encontrado no endereço eletrônico <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvHighLight>>.

três acordos, e também amparado em amplo arcabouço normativo nacional que trata do tema, assumiu a obrigação de fomentar no país esse novo perfil de desenvolvimento (item 274 do acórdão);

- Os valores despendidos pelo setor público somente com o pagamento de energia e água em 2009, da ordem de R\$ 1,5 bilhão, são capazes de ilustrar tanto a magnitude do poder de compra do Estado como a relevância de sua participação como consumidor de recursos naturais. Com isso, é possível dimensionar a importância do papel fomentador e educativo que o comportamento da Administração Pública tem sobre o mercado e a sociedade (item 276 do acórdão);
- Verifica-se, no entanto, que existe uma grande heterogeneidade quanto à atuação das diversas instituições, em que as ações de uso racional de energia, água e papel são aplicadas em grau muito variado conforme cada recurso natural e cada entidade. Há entidades que praticamente não aplicam medidas de uso racional, e também instituições que apresentam resultados muito positivos e abrangentes advindos da adoção da gestão sustentável. Assim, considerando o alto grau de heterogeneidade das ações de sustentabilidade, aliado à ausência de limitações relevantes para a atuação e ao fato que a gestão administrativa é orientada por prioridades, percebe-se, portanto, que a adoção dessas medidas não é vista como uma prioridade para os gestores (itens 277 e 278 do acórdão);
- Essa situação decorre, principalmente, da falta de um direcionamento claro do Governo Central para que todas as instituições públicas federais tenham atuação proativa em questões de sustentabilidade e uso racional de recursos. Além disso, não há um acompanhamento do desempenho das entidades, evidenciando a falta de transparência da performance das instituições, seja para o Governo Central, seja para a sociedade. Com isso, a ação ou inação dos órgãos não gera repercussões, positivas ou negativas – boas práticas não são fomentadas e a potencial gestão precária não é compelida a melhorar (item 280 do acórdão);

- Outra questão, refere-se ao baixo nível de institucionalização das ações, ou seja, grande parte das entidades não possui um programa interno institucionalizado e não designou responsáveis para implementar e acompanhar as medidas de uso racional. Campanhas de conscientização, cuja ação depende de um direcionamento institucional, têm sido muito pouco utilizadas nas entidades apesar de serem fundamentais para fomentar uma cultura da sustentabilidade de forma perene. O resultado observado é a personificação da gestão, na qual as ações são tomadas, ou não, conforme o julgamento particular de cada gestor, muitas vezes não atingindo o pleno potencial existente na entidade. Consequentemente, as medidas são descontínuas, isoladas e não se revestem da devida legitimidade institucional (item 284 do acórdão);
- E ainda, um aumento dos recursos orçamentários pode ser obtido tanto pelo crescimento da arrecadação como também pela gestão estratégica da despesa. Ou seja: é possível obter um incremento orçamentário por meio da racionalização dos gastos (item 287 do acórdão).

Por fim, o referido arresto traz diversas determinações e recomendações em sua parte dispositiva, inclusive determinando o encaminhamento do julgado a várias instâncias administrativas dentre as quais o CJN.

Os julgados mais recentes do TCU mostram que há progressivo avanço no trato dessa matéria, notadamente ao abordar assuntos que são ainda controversos na seara das contratações sustentáveis, como é o caso da relação custo/benefício, como, por exemplo, o disposto no Acórdão nº 1.375/2015 – Plenário ¹⁶, segundo o qual:

[...]. É legítimo que as contratações da Administração Pública se adequem a novos parâmetros de sustentabilidade ambiental, ainda que com possíveis reflexos na economicidade da contratação. [Grifo nosso].

¹⁶ O referido julgado pode ser obtido em sua íntegra no endereço eletrônico <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/JurisprudenciaSelecionada.faces>>.

Ainda quanto a essa temática, o TCU vem ano a ano, desde 2010, solicitando informações específicas às suas unidades jurisdicionadas acerca da adoção de critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens e na contratação de serviços ou obras. Isso se dá por duas formas. Primeiro, por ocasião da apresentação ao TCU do Relatório de Gestão, documento pelo qual todos os entes e unidades submetidas à jurisdição do TCU prestam contas anualmente da gestão dos bens e recursos públicos que estão sob a responsabilidade de cada ente. Segundo, por meio de informações específicas prestadas em Processo de Contas em relação aos entes e às unidades submetidas à jurisdição do TCU previamente selecionados, e cujos responsáveis têm as suas contas julgadas por aquele colegiado – tal procedimento foi ratificado por determinação constante no Acórdão nº 1.752/2011 - Plenário, permanecendo em prática na atualidade.

Em conclusão, observa-se que a Corte de Contas da União, no exercício de suas atribuições constitucionais, assumiu seriamente o compromisso de contribuir para a efetivação de ações que venham a dar concretude à sustentabilidade, notadamente a ambiental, na Administração Pública Federal. Por meio de seus julgados e ações de fiscalização, o TCU vem alertando aos administradores públicos e à sociedade em geral para a realidade posta de que a adoção de uma postura de sustentabilidade na gestão da coisa pública não é opção mas cumprimento de preceitos constitucionais e legais de fundamental importância.

Alerta ainda para a necessidade premente de serem adotadas práticas e políticas que assegurem a sustentabilidade como direito, cujos reflexos se fazem sentir no presente e se farão mais ainda no futuro próximo. Sinaliza, contundentemente, que uma gestão baseada na racionalidade de consumo e gastos é necessária sob pena de inviabilização das atuações e medidas mais primárias da Administração.

Por fim, o TCU convoca a todos os atores da gestão pública a se comprometerem com uma gestão de recursos naturais e financeiros mais equilibrados. Nesse contexto, e capitaneando ações de discussão nessa área, o TCU promoveu, no mês de novembro de 2015, o II Seminário Internacional Governança e Desenvolvimento: boas práticas e o papel do

controle externo ¹⁷, que contou com um painel de abertura composto por autoridades internacionalmente reconhecidas no trato do assunto acerca da “Governança e Desenvolvimento Sustentável”.

Na esteira desses fatos, o CNJ, como ente superior de administração, tem encampando diversas ações que convergem para a efetivação da sustentabilidade no âmbito do Judiciário, notadamente pela aplicação das determinações e recomendações constantes no referido Acórdão nº 1.752/2011-Plenário, como se verificará a seguir.

4 O Atual Norteamento do Conselho Nacional de Justiça sobre o Assunto

Nos últimos anos, o Conselho Nacional de Justiça, de forma paulatina e progressiva, passou a incluir dentre as suas ações prioritárias no trato das questões administrativas de ordem interna do Poder Judiciário, o enfoque na implementação de medidas que venham a dar efetividade à sustentabilidade e à sustentabilidade ambiental.

Documento de destaque nesse sentido é a Recomendação CNJ nº 11/2007, a qual fixou importante rol de diretrizes e determinações acerca da atuação administrativa do Judiciário brasileiro frente à realidade ambiental hodierna. Partindo de sérias considerações ¹⁸, o CNJ deliberou por recomendar aos Tribunais brasileiros que:

[...] adotem políticas públicas visando à formação e recuperação de um ambiente ecologicamente equilibrado, além da conscientização dos próprios servidores e jurisdicionados sobre a necessi-

¹⁷ Maiores informações sobre esse evento podem ser obtidas no endereço eletrônico: <<http://portal.tcu.gov.br/dialogo-publico/eventos/ii-seminario-internacional-governanca-e-desenvolvimento-boas-praticas-e-o-papel-do-controle-externo.htm>>.

¹⁸ Considerando a recente discussão mundial sobre o aquecimento global, suas causas e consequências nefastas para a existência de vida no planeta;

Considerando a efetiva influência do Poder Público na atividade econômica nacional, especialmente através das compras necessárias para o bom desenvolvimento de suas atividades e efetiva prestação de serviços ao público em geral;

Considerando que a Administração Pública tem papel preponderante na criação de novos padrões de consumo e produção, na condição de grande consumidora e usuária dos recursos naturais; [...]. [Grifo nosso].

dade de efetiva proteção ao meio ambiente, bem como instituem comissões ambientais para o planejamento, elaboração e acompanhamento de medidas, com fixação de metas anuais, visando à correta preservação e recuperação do meio ambiente.¹⁹ [Grifo nosso].

Como uma das consequências, essa orientação veio a ter reflexos no planejamento estratégico corporativo de diversos Tribunais, o que se mostra como aspecto positivo inicial; não obstante, as Cortes de Justiça ainda estão a encampar em graus variados as prescrições supramencionadas. Há situações de cumprimento meramente formal das ações recomendadas por alguns órgãos judiciais, mas também o engajamento efetivo por parte de outros entes, a ponto destes transformarem significativamente algumas de suas práticas administrativas passando a pautá-las, prioritariamente, pela sustentabilidade. Como exemplo tem-se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, dentre muitas ações desenvolvidas há vários anos, instituiu Sistema de Gestão Socioambiental específico que atende a Agenda Ambiental da Administração Pública.²⁰

Outra iniciativa positiva nessa seara é a campanha “Quero minha cidade limpa” que é promovida pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina a cada pleito eleitoral. Por meio dela, os partidos políticos e candidatos são incentivados a entregar o material gráfico restante após a realização da eleição diretamente nos cartórios eleitorais, sem custos. Todo o material recolhido é destinado a entidades que trabalham com reciclagem.

A partir desta ação da Justiça Eleitoral catarinense, múltiplos benefícios são implementados, como a prevenção de danos e prejuízos

¹⁹ Tais como, cita a referida Recomendação, por exemplo: a) utilização de papel reciclado e não clorado nos impressos do Poder Judiciário, sejam de natureza administrativa ou processual; b) instituição da coleta seletiva de resíduos, destinando recipientes individuais para plástico, papel, metal e vidro, e a ulterior doação do material coletado a entidades assistenciais que se responsabilizem pela correta utilização do material para a devida reciclagem; c) aquisição de impressoras que imprimam, automaticamente, em frente e verso; d) *aquisição de bens e materiais de consumo que levem em consideração o tripé básico da sustentabilidade: ambientalmente correto, socialmente justo e economicamente viável*; e) *utilização sustentável da energia e dos combustíveis*; e f) utilização de edifícios com observância da proteção ao meio ambiente. [Grifo nosso].

²⁰ Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/web/servidor/sustentabilidade?inheritRedirect=true>>.

ambientais pelo impedimento de saturação das vias de escoamento de águas pluviais em razão de papéis espalhados pelas ruas, o incremento na geração de renda de entidades que trabalham com reciclagem, assim como a fomentação da consciência de cidadania e cuidado para com os espaços públicos por se evitar os nominados “derrames de santinhos” às vésperas do dia das eleições. Segundo dados da imprensa, nas eleições de 2014 a Companhia de Melhoramentos da Capital (COMCAP) recolheu 9,5 toneladas de “santinhos” nas ruas de Florianópolis após as eleições.²¹

Côncio de todo esse quadro situacional, e em atenção aos termos do citado Acórdão TCU nº 1.752/2011 - Plenário, o CNJ procedeu à edição da Resolução nº 201, de 03/03/2015, a qual dispõe sobre a criação e as competências das unidades ou núcleos socioambientais nos órgãos e conselhos do Poder Judiciário, e a implantação do respectivo Plano de Logística Sustentável (PLS-PJ).

A elaboração do documento levou em conta os principais referenciais normativos pertinentes à matéria – como o art. 170, VI, da Constituição Federal; o art. 3º da Lei nº 8.666/1993; as Leis nº 12.187/2009, nº 12.305/2010, e nº 11.419/2006, dentre outras.

Foi igualmente considerado o teor do sobredito Acórdão nº 1.752/2011 e o reconhecimento da

efetiva influência do Poder Público na atividade econômica nacional, especialmente por meio das contratações necessárias para o bom desenvolvimento de suas atividades e efetiva prestação de serviços ao público em geral e a importância de ações planejadas e

²¹ Notícia publicada no sítio eletrônico <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/eleicoes/2014/noticia/2014/10/95-toneladas-de-santinhos-sao-recolhidas-em-florianopolis.html>> .

continuadas ligadas à mobilização e sensibilização para questões socioambientais no âmbito do Poder Judiciário.²²

Com efeito, por meio dessa Resolução, o Poder Judiciário sinaliza seu comprometimento com a efetivação de ações convergentes à

²² CONSIDERANDO o disposto no artigo 170, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; bem como artigo 225 que estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;

CONSIDERANDO o disposto no artigo 3º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que cuida das normas para licitações e contratos da Administração Pública e Decreto 7.746, de 5 de junho de 2012, [...];

CONSIDERANDO a Lei 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional de Mudança de Clima, com diretrizes ao estímulo e apoio à manutenção e promoções de padrões sustentáveis de produção e consumo e como um de seus instrumentos à adoção de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e a redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; e o disposto na Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e Decreto 7.407, que regulamenta a supracitada Lei;

[...];

CONSIDERANDO as Recomendações CNJ 11/2007 e 27/2009, que tratam da inclusão de práticas de socioambientais nas atividades rotineiras dos tribunais e a necessidade de atualizá-la no PJe;

CONSIDERANDO os modelos de boas práticas de gestão sustentável do Poder Executivo, constantes das Instruções Normativas CNJ 1/2010; 10/2012, que estabelecem regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável de que trata o art. 16 do Decreto 7.746, de 5 de junho de 2012; e 2, de 4 de junho de 2014, o qual dispõe sobre a economia de energia nas edificações públicas;

CONSIDERANDO as recomendações do Tribunal de Contas da União, dispostas no Acórdão 1752, de 5 de julho de 2011, que trata das medidas de eficiência e sustentabilidade por meio do uso racional de energia, água e papel adotadas pela Administração Pública;

CONSIDERANDO a efetiva influência do Poder Público na atividade econômica nacional, especialmente por meio das contratações necessárias para o bom desenvolvimento de suas atividades e efetiva prestação de serviços ao público em geral e a importância de ações planejadas e continuadas ligadas à mobilização e sensibilização para questões socioambientais no âmbito do Poder Judiciário; [Grifo nosso].

sustentabilidade, e não apenas à ambiental ²³, embora esta mereça especial atenção. Pelo teor dos seus artigos 1º e 2º, resta clara a determinação, primeiro, de criação nos órgãos integrantes do Poder Judiciário de unidades ou núcleos socioambientais que, no exercício de suas competências, devem implantar o respectivo Plano de Logística Sustentável (PLS-PJ). E, segundo, a determinação de que sejam adotados modelos de gestão organizacional e de processos estruturados na promoção da sustentabilidade ambiental, econômica e social.

Destaque para as contratações sustentáveis que, na referida resolução, §3º do art. 6º, estão alinhadas com o pensamento mais contemporâneo sobre a matéria, porquanto sua promoção deverá observar a integração dos aspectos ambientais, econômicos e sociais do desenvolvimento sustentável.

Do exame da mencionada Resolução percebe-se que seu norteamento maior, adotado pelo CNJ, foi as orientações consignadas no Acórdão TCU nº 1.752/2011 - Plenário, porquanto:

(a) o PLS - PJ é considerado como instrumento vinculado ao planejamento estratégico do Poder Judiciário – com objetivos e responsabilidades definidas, ações, metas, prazos de execução, mecanismos de monitoramento e avaliação de resultados – que permite estabelecer e acompanhar práticas de sustentabilidade, racionalização e qualidade que objetivem uma melhor eficiência do gasto público e da gestão dos processos de trabalho, considerando a visão sistêmica do órgão. Ou seja, o fito é tornar o Plano de Logística Sustentável algo factível e apto a colaborar realmente com a efetivação da sustentabilidade – art. 10 da citada Resolução;

(b) as unidades ou núcleos socioambientais deverão ter caráter permanente para o planejamento, implementação, monitoramento de metas anuais e avaliação de indicadores de desempenho para o cumprimento do previsto na citada Resolução – art. 4º da Resolução;

(c) busca-se dar transparência à sociedade das ações de sustentabilidade a serem levadas a efeito por cada PLS, que deverá ser elabo-

²³ O que pode ser nitidamente percebido pelo teor do § 7º, do art. 6º da referida Resolução, segundo o qual, in litteris: “*A qualidade de vida no ambiente de trabalho deve compreender a valorização, satisfação e inclusão do capital humano das instituições, em ações que estimulem o seu desenvolvimento pessoal e profissional, assim como a melhoria das condições das instalações físicas*”. [Grifo nosso].

rado e publicado no sítio dos respectivos órgãos e conselhos do Poder Judiciário, em prazo determinado – art. 21 da Resolução. Em mesmo sentido é o disposto nos arts. 22, 23 e 24 ²⁴;

(d) busca pela formação e consolidação da cultura de sustentabilidade, haja vista que as iniciativas de capacitação afetas a esse tema deverão ser incluídas no plano de treinamento de cada órgão do Poder Judiciário. E as atividades de ambientação de novos servidores e colaboradores deverão difundir as ações sustentáveis praticadas, de modo a consolidar os novos padrões de consumo consciente do órgão – art. 19 da Resolução.

Em suma, o CNJ, com a edição da Resolução nº 01/2015, toma para si a responsabilidade de tornar o Poder Judiciário brasileiro em importante protagonista e colaborador do esforço das principais instituições mundiais, tornando factível um mundo sustentável. Um lugar onde vivência e convivência sejam equilibradamente possíveis.

²⁴ Art. 22. Os resultados obtidos a partir da implantação das ações definidas no PLS-PJ deverão ser publicados ao final de cada semestre do ano no sítio dos respectivos conselhos e órgãos do Poder Judiciário, apresentando as metas alcançadas e os resultados medidos pelos indicadores.

Art. 23. Ao final de cada ano deverá ser elaborado por cada órgão e conselho do Poder Judiciário relatório de desempenho do PLS-PJ, contendo:

I – consolidação dos resultados alcançados;

II – a evolução do desempenho dos indicadores estratégicos do Poder Judiciário com foco socioambiental e econômico, de acordo com o previsto no Anexo I;

III – identificação das ações a serem desenvolvidas ou modificadas para o ano subsequente.

§1º Os relatórios deverão ser publicados no sítio dos respectivos órgãos e conselhos do Poder Judiciário, e encaminhados, em forma eletrônica, ao CNJ até o dia 20 de dezembro do ano corrente pela autoridade competente do órgão ou conselho.

§2º O DPJ disponibilizará aos órgãos e conselhos do Poder Judiciário acesso ao sistema informatizado para compilação das informações quanto ao PLS-PJ com o objetivo de padronizar o envio e recebimento de dados e facilitar a análise dos indicadores que avaliarão o índice de sustentabilidade das instituições.

Art. 24. O PLS-PJ irá subsidiar, anualmente, o Balanço Socioambiental do Poder Judiciário, a ser publicado pelo CNJ por intermédio do DPJ, no prazo de 180 dias a contar do recebimento do relatório de desempenho dos órgãos.

5 Conclusão

Em vista de todo o exposto, como resultados da pesquisa empreendida, alinham-se as seguintes notas conclusivas:

I. a ciência jurídica vem ampliando a discussão que faz acerca da sustentabilidade, identificando que sua aplicabilidade vai para além das fronteiras do Direito Ambiental. Os estudos empreendidos nessa área convergem no sentido de que a sustentabilidade é reconhecida na atualidade como princípio normativo interdisciplinar de ampla aplicabilidade, no qual estão insertos vários aspectos de relevância que, por si só, constituem microssistemas normativos – como, por exemplo, a sustentabilidade social, a sustentabilidade econômica, a sustentabilidade cultural, a sustentabilidade político-gerencial e a sustentabilidade ambiental;

II. o fundamento da sustentabilidade como norma jurídica, notadamente no Brasil, é o texto constitucional, pois dele emana a força de sua aplicabilidade sistêmica, a qual transcende o patamar de valor constitucional, materializando-se como princípio, normas, leis, regras e preceitos diversos;

III. em virtude das graves transformações climáticas que estão em curso, e que acarretam problemas de grande magnitude, a sustentabilidade focada sob o viés ambiental tem ganhado maior notoriedade midiática, e em razão da qual estão sendo envidados esforços mundiais com vistas a assegurar um ambiente dotado de um mínimo de equilíbrio para existência digna da presente e das futuras gerações;

IV. como resultante desses esforços, na atualidade, os sistemas jurídicos internacional e brasileiro estão sendo dotados de normas das mais variadas espécies, capazes de instrumentalizar ações efetivas para a consecução da sustentabilidade, notadamente a ambiental, no âmbito das sociedades;

V. particularmente no Brasil, as chamadas licitações sustentáveis foram elevadas ao patamar de instrumentos que possuem respaldo legal para introduzir nova cultura administrativa pautada por práticas sustentáveis. O conjunto normativo em torno desse tema é tal que as licitações sustentáveis devem ser consideradas como obrigação do gestor público, e não como opção deste;

VI. nesta esteira, o Tribunal de Contas da União, no cumprimento de suas atribuições constitucionais, tem envidado esforços no sentido de fomentar a discussão sobre a temática da sustentabilidade, assim como tem promovido ações objetivando à implementação da cultura de sustentabilidade no âmbito da Administração Pública Federal, na qual a concretização de medidas sustentáveis sejam consectários inerentes ao cumprimento do ordenamento jurídico vigente. Para isso o TCU tem promovido auditorias, editado normativos, realizado eventos e pronunciando-se assertivamente em julgados nos quais questões dessa seara são abordadas;

VII. em relação à temática da sustentabilidade, especialmente a ambiental, o Tribunal de Contas da União exarou seu posicionamento vigente no Acórdão nº 1.752/2011 - Plenário, que é paradigmático quanto a esse assunto. Nele ficou assentado, em suma, que a busca pela sustentabilidade no setor público é um dever decorrente do cumprimento dos princípios basilares da Administração, assim como do atual ordenamento jurídico;

VIII. o Conselho Nacional de Justiça, como órgão de Administração Superior do Judiciário editou a Resolução nº 201/2015, a qual dispõe sobre a criação e as competências das unidades ou núcleos socioambientais nos órgãos e conselhos do Poder Judiciário, e implantação do respectivo Plano de Logística Sustentável (PLS-PJ), através do qual assume o papel de protagonista da promoção e efetivação da cultura de sustentabilidade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro;

IX. em que pese as dificuldades e os desafios, a discussão e a promoção da sustentabilidade em todos os seus aspectos é medida de necessidade, sob pena de haver drástica ruptura das condições mínimas de vivência e convivência social. Analisados os dados hoje disponíveis acerca da degradação ambiental e das graves mudanças climáticas já sentidas nas mais diversas partes do mundo, percebe-se o quanto um tema cercado de inúmeras obviedades (como a necessidade de se legar às próximas gerações condições mínimas de sobrevivência) seja tão difícil de ser compreendido. O Direito, que como ciência busca, em última instância, a pacificação social, tem ainda árduo caminho por diante;

X. neste contexto, um dos maiores desafios atuais do Direito seja, possivelmente, o de desenvolver uma teorização consistente acerca da sustentabilidade para além da seara ambiental, tornando, assim,

perceptível e realizável sistema normativo que atenda aos desafios de sobrevivência mínima e digna dos tempos correntes.

Referências

AMORIM, Patrícia. Para além da licitação sustentável. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira (Coord.).

Sustentabilidade na Administração Pública: valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 277-286.

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. **Os Tribunais de Contas brasileiros e as licitações sustentáveis.** Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v.12, n.47, p. 159-184, out./dez. 2014.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. **A sustentabilidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 56-64, jan. 2014.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional:** problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. **A sustentabilidade como um direito fundamental:** a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. Veredas do Direito, v.8, n.15, p. 9-24, jan. 2011.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; DE ARAÚJO, André Fabiano Guimarães. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social:** para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Revista da Faculdade de Direito-Universidade Federal de Uberlândia - UFU, 2011, v. 39, n. 1, p. 261-291.

DERANI, Chistiane. **Direito ambiental econômico.** 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Aplicação dos princípios de direito ambiental para o desenvolvimento sustentável. In: TORRES, Heleno Taveira (org). **Direito tributário ambiental.** São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ, Luciano. **Função regulatória da licitação.** Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009.

FERREIRA, Daniel; FILHO MACIEL, Fernando Paulo da Silva. **A funcionalização das licitações e contratos administrativos com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.** Artigo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cbcd40c0d920b94>>. Acesso em: 20 jan.2016.

FERREIRA, Daniel; GIUSTI, Anna Flávia Camilli Oliveira. **A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável.** Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v.12, n.48, p. 177-193, abr./jun., 2012.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira (Coord.). **Sustentabilidade na Administração Pública:** valores e práticas de gestão socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83-105.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro.** 2. ed. São Paulo: Fórum, 2012.

_____. Sustentabilidade dos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C.** Belo Horizonte, Fórum; ano 13, n. 52, abr/jun, 2013.

LEMONS, Ronaldo. **Apostar em inovação verde.** Artigo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemons/2015/12/1715775-apostar-em-inovacao-verde.shtml>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade; eficiência e resultado.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Renato Cader da. **Compras compartilhadas sustentáveis.** Artigo, 2016. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadas-sustentaveis>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

TRIGUEIRO, André. **Terra está entrando na Era do Plástico.** Artigo. Disponível em: <<http://www.mundosustentavel.com.br/2016/02/terra-esta-entrando-na-era-do-plastico/>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

VIEIRA, André Luís. **As contratações públicas sustentáveis na realidade brasileira.** Revista Brasileira de Direito Público – RDDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, p. 21-41, jan./mar. 2015.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED). **Our common future: report of the world commission on environment and development**. Oxford: Oxford University, 1987.

WOLF, Martin. **Acordo de Paris sobre o clima é um pequeno passo para a humanidade**. Artigo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/martinwolf/2015/12/1719771-acordo-de-paris-e-um-pequeno-passo-para-a-humanidade.shtml>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

Karine Borges de Liz - Analista Judiciário do TRESC, pós-graduada em nível de especialização em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau - FURB.

Raulino Jacó Brüning - Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

A Mulher e sua Efetiva Participação Política no Estado Democrático de Direito

Women and their Effective Political Participation in the Democratic State of Law

Elizete Lanzoni Alves

Resumo: O ensaio descreve a trajetória da mulher na política sem, no entanto, traduzi-lo somente em efemérides que perfazem a história. Parte integrante do árduo e longo prélio em favor do reconhecimento da igualdade de condições de gênero e de oportunidades nos mais diversos segmentos que abrigaram o domínio masculino, a conquista feminina do direito de votar e ser votada foi um avanço significativo para a abertura do espaço para a efetividade da participação da mulher nos processos decisórios na sociedade. Passo além desse direito é o que integra o empoderamento da mulher no sentido de ocupar espaços decisórios e políticos. Em um Estado Democrático de Direito a politização da mulher é condição natural que se desenvolve não pela obrigatoriedade legal, mas, pela consciência da importância de sua ativa participação.

Palavras-chave: Mulher na Política. Empoderamento. Democracia Participativa. Estado Democrático de Direito.

Abstract: This essay describes the trajectory of women in politics without, however, exclusively relating it in events which make up the history. Most part of hard and long struggle concerning the recognition of gender conditions equality and the opportunities in different segments which supported male dominance, the women's right to vote and be voted was a significant progress to open up for the effectiveness of women's participation in society's decisions processes. A step further on this right is what integrates the female empowerment in order to occupy decision-making and political spaces. In a Democratic State of Law women's politicization is a natural condition which is not developed by legal enforceability, but by being aware of the importance of their active involvement.

Keywords: Women in Politics. Empowerment. Participative Democracy. Democratic State of Law.

1 Introdução

O envolvimento da mulher na política, além de representar uma das formas de combate às desigualdades de gênero, tem como finalidade o enfrentamento do grande desafio de fortalecer e ampliar a participação feminina nos espaços de poder e decisão.

As mudanças promovidas nesse campo estão articuladas às dimensões sociais, culturais, educacionais, legislativas e institucionais que, aos poucos, reverte o quadro de sub-representação limitada ao cumprimento legal relativo às cotas de candidaturas para as mulheres (art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97).

Em um universo de predominância do domínio masculino, hostilidade, marginalização e de exclusão da mulher em muitos segmentos, todo e qualquer avanço tem um significado que ultrapassa o contexto histórico para adentrar na seara do reconhecimento como ser humano detentor do direito de igualdade de gênero, e do empoderamento e emancipação feminina ao integrar a política e ocupar espaços decisórios.

O presente ensaio está estruturado em três partes, sendo a primeira dedicada a uma breve incursão histórica da mulher na política, de forma a subsidiar a compreensão das significativas mudanças da realidade política e a inserção da mulher nesse contexto por intermédio do conhecimento e entendimento sobre os fatos passados que justificaram a trajetória da mulher na política.

O segundo tópico do estudo trata da democracia participativa como campo fértil para a atuação feminina na política, sobretudo quando o país evoca uma redemocratização que seja capaz de promover verdadeiras mudanças.

O terceiro e último discorre sobre o incentivo da ONU para a participação política da mulher.

O método indutivo utilizado, tanto para o levantamento de dados como para a apresentação da narrativa do ensaio, foi escolhido em vista da natureza da pesquisa e dos recursos e técnicas disponíveis para o seu desenvolvimento.

O trabalho é descritivo porquanto essa é uma característica da essência da história, sem deixar, porém, de trazer a análise crítica de situações que são vivenciadas no presente e que podem, ainda, impulsionar mudanças expressivas sobre a temática da mulher na política.

2 Breve Incursão Histórica da Mulher na Política no Brasil

A mulher é um ser político, em paráfrase ao filósofo grego Aristóteles, autor da célebre frase “o homem é um animal político”, e sem considerar a exclusão da mulher feita pelo autor e natural de sua época. A alusão aqui, embora seja somente no sentido lúdico, resgata o pensamento de Aristóteles quando diz que a ação e o discurso são duas atividades essencialmente políticas vivenciadas na “polis” entre homens livres e iguais, e é isso que constitui o homem como um ser político em busca da felicidade (*eudaimonia*), categoria esta que também pode ser traduzida como bem estar. (ARISTÓTELES, 1985).¹

Guardadas as devidas proporções históricas e filosóficas, percebe-se que o exercício da política é coletivo e racional em busca da felicidade ou bem-estar, assim, traços do pensamento de Aristóteles de que a essência social do ser humano é política, quando se analisa as mobilizações sociais, luta pela efetividade da participação popular e em outros movimentos que demonstram reivindicações perante o Estado, isso porque a política, em seu núcleo, é ação plural, considerando que o ser humano vive em sociedade e o bem-estar social perpassa pelo exercício de igualdade de condições entre as pessoas que a integram.

Falar sobre a trajetória de participação política da mulher é tratar, sobretudo, de mudanças sociais e conquistas de direitos e de espaço público para atuação em todas as esferas e funções públicas, nas universidades e no mercado de trabalho. Ao longo das mudanças ocorridas na sociedade, a mulher deixou de exercer atividade somente no âmbito interno do lar (não que isso deixe de ter importância e seja respeitado quando por opção da mulher) para ocupar outros espaços antes ocupados somente pelo homem, dentre eles a política.

Antes mesmo de se falar em participação feminina no universo da política partidária, é preciso discorrer sobre a consciência política da mulher como condição essencial para a compreensão do seu papel como cidadã, isso porque de nada adianta ter direito de votar e ser votada se não há estímulo à sua efetiva participação.

O respeito à mulher somente no âmbito familiar, como filha, mãe e esposa, deflagrou, progressivamente, a inquietação que impulsio-

¹ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985

nou as reivindicações por espaço na sociedade, no mercado de trabalho e, conseqüentemente, na esfera política.

A ampliação da intervenção feminina para além do domínio familiar, ganha novos contornos com movimentos mundiais pela emancipação e empoderamento da mulher e sua maior participação no campo sociopolítico.

A Revolução Francesa que teve como lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, inspirou, em parte, o movimento pelo direito à participação política da mulher. Embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada durante a Revolução Francesa, não tenha feito qualquer inclusão da mulher, Olympe de Gouges (1748-1793) propôs, em complemento, uma Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã.

O documento encaminhado à Assembleia Nacional da França para análise e aprovação, a exemplo do que ocorrera com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em agosto de 1789, acabou por ser interpretado como uma afronta, levando sua autora à guilhotina². Sua morte, entretanto, não foi em vão, pois a Declaração da Mulher e da Cidadã inspirou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, em muitos de seus artigos.

No mesmo período, as reivindicações originais do proletariado, do qual faziam parte as mulheres, fundadas nas campanhas republicanas e abolicionistas e pela luta de classes, não tardaram a incitar o espírito guerreiro das mulheres a expandir sua luta também para o campo político. A militância das operárias, a coragem das professoras, o brio das intelectuais, fizeram o contraste necessário para a inauguração do importante período histórico para o alcance da emancipação e do empoderamento feminino.

Tal quadro permite a compreensão das diversas reivindicações das mulheres que marcaram o final do século XVIII e início do XIX, as quais não tardaram a bater nas portas do Brasil.

A mulher brasileira durante o século XIX era submetida às condições de submissão, repressão e restrição. O espaço da mulher era limitado ao lar, aos afazeres domésticos e à educação dos filhos.

² Declaração dos Direitos da Mulher. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*. V.4, n.1. Florianópolis. Jan/Jun de 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/911/10852>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

Em 1827 foi criada a primeira legislação dedicada à educação feminina, com a criação das escolas primárias que admitiam meninas, mas com formação direcionada às prendas domésticas. As famílias mais abastadas possibilitavam a complementação com professores particulares, em geral estrangeiros, porém ainda nos parâmetros de formação para as tradições familiares e morais, avistando-se a aptidão para as boas relações matrimoniais. “Nesse contexto, a ideia de educação para as mulheres continuava se somando à ideia do dever, o que traduzia o senso comum sobre o papel das mulheres naquela centúria.” (GAUTERIO, 2014) ³.

A burguesia ditava as regras de vivências familiares e as mulheres protagonizavam o cenário quando atendiam os padrões e o ideário de feminilidade como boa esposa, mãe e devota ao lar. (SOUZA, 2012). ⁴

A educação feminina voltada para a formação doméstica em pouco tempo esbarrou na necessidade estatal de formação de professores, o que acabou por atrair algumas mulheres para a carreira do magistério primário, alargando o horizonte feminino em relação à educação, pois além de sua própria alfabetização, a partir de então tinham a oportunidade de representar o “vetor consciente de disseminação de novas ideias sobre os direitos e papeis das mulheres”. (HAHNER, 2003, p. 83). ⁵

Os avanços sociais e tecnológicos, aliados ao crescimento das cidades, proporcionaram a saída da mulher do apertado limite do lar para os eventos sociais e o contato com as primeiras linhas de informações e notícias por intermédio de jornais e revistas.

³ GAUTÉRIO, Rosa Cristina Hood. História do sufrágio feminino no Brasil. Resenha Eleitoral. N. 06. Jul/dez 2014. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes/n-6-juldez-2014/integra/2013/11/historia-do-sufragio-feminino-no-brasil/indexd45d.html?no_cache=1&cHash=90759d10fa3c817a43126ffb618767fd>. Acesso em: 1 fev. 2016.

⁴ SOUZA, Cassia Regina da Silva Rodrigues. Periódicos Feministas do Século XIX: Um Chamado à Resistência Feminina. *Anais do XV Encontro Regional de História* – ANPUH-Rio. Disponível em: <http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1337815812_ARQUIVO_ARTIGOANPUH2012.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2016.

⁵ HAHNER, June E. *Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil, 1850-1940*. Tradução de Eliane Lisboa. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 83.

O letramento feminino se traduzia em leituras e escritas. As opiniões femininas já se faziam ver em jornais, periódicos e manifestações, a exemplo da argentina Joana Paulo Manso de Noronha, radicada no Rio de Janeiro e que fundou em 1852 o *Jornal das Senhoras* destacando como subtítulo “Modas, Literatura, Bellas-Artes, Theatros e Crítica”. A edição abriu caminho para outras mulheres que lideraram a imprensa escrita, como Julia de Albuquerque Sandy Aguiar, a qual editou o periódico o *Bello Sexo*, “Periódico Religioso de Instrução e Recreio, Noticioso e Crítico Moderado” também no Rio de Janeiro em 1962 (HAHNER, 2003, p. 83) ⁶, e em Minas Gerais o periódico “O Sexo Feminino”, editado por Francisca Senhorinha da Motta Diniz, o qual tinha como propósito tratar da melhoria da condição da mulher na sociedade e cujo primeiro número data de 7 de setembro de 1873 (NASCIMENTO, 2007) ⁷, considerado o mais avançado em matéria de defesa dos direitos e da igualdade das mulheres, marcado pela luta pelo voto feminino e a abolição da escravatura.

Ainda, o *Eco das Damas* (Rio de Janeiro, 1879), de Amélia Carolina da Silva Couto, que tinha como principal tema a igualdade da mulher e seu direito à educação; o jornal *A Família* (São Paulo, 1888), editado por Josefina Álvares Azevedo, que ano seguinte foi transferido para o Rio de Janeiro, e tinha como “bandeira a defesa do direito ao voto e lançando apelos aos homens para que também abrissem caminhos para a educação feminina” (SOUZA, 2012) ⁸.

As jornalistas do final do século XIX consideravam a imprensa um dos mais importantes meios de difusão do saber e “insistiam para que as mulheres lessem jornais para conhecerem seus direitos e obrigações” (HAHNER, 1981, p. 51) ⁹, com destaque para a educação e o direito ao voto.

⁶ *Idem*

⁷ NASCIMENTO. Cecília Viera. OLIVEIRA. Bernardo J. O Sexo Feminino em campanha pela emancipação da mulher. *Cadernos Pagu – Núcleo de Estudos de Gênero*. UNICAMP. n. 29, jul.-dez. de 2007:429-457.

⁸ SOUZA, Cassia Regina da Silva Rodrigues. Periódicos Feministas do Século XIX: Um chamado à resistência Feminina. *Anais do XV Encontro Regional de História – ANPUH-Rio*. Disponível em: <http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1337815812_ARQUIVO_ARTIGOANPUH2012.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2016.

⁹ HAHNER, June. *A Mulher Brasileira e Suas lutas Sociais e Políticas* (1850-1937). São Paulo: Editora Brasiliense, 1981, p. 51.

A imprensa feminina brasileira teve destaque da metade do século XIX até as primeiras décadas do século XX, o qual marcou a construção da identidade feminina e o início de sua emancipação política concomitantemente com a adoção das categorias “cidadania” e “democracia” em textos constitucionais brasileiros.

Em reforço à luta pelo voto feminino no Brasil, encontra-se a feminista Bertha Maria Julia Lutz, filha de pai suíço-brasileiro, Adolfo Lutz, grande nome da medicina no Brasil, a qual iniciou campanha sufragista à frente da Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher, convertida em 1922, na Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF).

A mobilização realizada por Bertha Lutz repercutiu dentro e fora do Brasil, pois seus contatos no exterior passaram a divulgar sua luta em favor do direito da mulher de votar e ser votada. O apoio da imprensa nacional e internacional auxiliou da divulgação da causa, das ações e do movimento, o que deflagrou a criação de grupos de apoio e associações em vários pontos do Brasil.

O cenário que protagonizou o direito da mulher de votar e ser votada, no Brasil tem como pano de fundo o período de governo provisório liderado por Getúlio Vargas, que defendia o enfraquecimento das oligarquias regionais e o pensamento populista em contraponto ao federalismo. A estratégia governamental de Getúlio Vargas previa três metas principais: a recuperação econômica (sobretudo cafeeira), a organização dos direitos e deveres dos trabalhadores ¹⁰, sem a qual não alcançaria o seu terceiro objetivo, o avanço da produção industrial.

Em meio aos acontecimentos econômicos e políticos que fizeram do longo período em que Getúlio Vargas permaneceu no poder (1930 a 1954) um dos episódios históricos mais contundentes do país, a

¹⁰ Em 26 de novembro de 1930, Vargas criou o Ministério do Trabalho Indústria e Comércio. Em março do ano seguinte foi promulgada a primeira lei sindical brasileira (Decreto nº 19.770), que tinha como uma das finalidades as organizações sindicais tanto de trabalhadores como dos empregadores (empresários) constituindo em instituições colaborativas do Estado. Tal regulamentação disciplinava, reconhecia e controlava as reivindicações por parte dos trabalhadores. Mais tarde, em 1º de maio de 1940, foi criado o salário mínimo nacional, e em 1943 é promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a qual sistematizou em um único documento as leis e normas pertinentes às relações de trabalho, voltando-se, fundamentalmente, para os direitos do trabalhador, a organização sindical e a Justiça do Trabalho.

sociedade também se deparou com inusitadas situações que se refletiram em avanços legais para os brasileiros.

Produto de intensa, longa e árdua luta pelo reconhecimento dos direitos políticos da mulher, em 24 de fevereiro de 1932, Vargas assina o Decreto nº 21.076, também conhecido como Código Eleitoral Provisório, assegurando às mulheres, de modo facultativo, o direito de votar e ser votada, inaugurando um dos mais importantes marcos legislativos. O Código Eleitoral (Provisório) permitia o direito ao voto facultativo às mulheres casadas, com autorização dos maridos, e às viúvas e solteiras com renda própria.

Um pouco depois, em 1946, nova alteração na legislação estendeu a obrigatoriedade do voto às mulheres, porquanto o Decreto de 1932 previa tal possibilidade somente aos homens.

O primeiro voto feminino no Brasil, entretanto, aconteceu cinco anos antes da lei criada por Getúlio Vargas, em 1928, no Rio Grande do Norte. O primeiro caso foi na cidade de Mossoró, quando Celina Guimarães Viana, com 29 anos à época, cadastrou-se em um cartório para ser incluída na lista dos eleitores do pleito que ocorreria no mesmo ano. No mesmo Estado, na cidade de Lajes, Alzira Soriano de Souza, pleiteou o cargo de prefeita com êxito nas eleições, no entanto, em ambas as situações a Comissão de Poderes do Senado impediu a concretização dos atos.

Marcando a derrocada do monopólio político masculino e abrindo as portas da política para as mulheres, Carlota Pereira de Queirós, médica, pedagoga e escritora, cunhou seu nome na história da política feminina no Brasil, tornando-se, em 1933, a primeira mulher Deputada Federal, participando ativamente da Assembleia Nacional Constituinte entre 1934 e 1935.

Outras conquistas femininas históricas: em 1934 a professora Antonieta de Barros foi eleita para a Assembleia de Santa Catarina, passando a ser a primeira parlamentar negra da história do Brasil; em 1979 Eunice Michiles tornou-se a primeira senadora do Brasil; entre 24 de agosto de 1982 e 15 de março de 1985 o Brasil teve a primeira mulher ministra ocupando a pasta da Educação e Cultura, Esther de Figueiredo Ferraz.

E ainda, em 1995 Roseana Sarney tornou-se a primeira governadora brasileira, e em 2010 foi a vez da mulher a ocupar o mais alto cargo eletivo no Brasil, a Presidência da República, sendo eleita, então Dilma Rousseff, reeleita em 2014.

Gradativamente as mulheres vêm ocupando espaços que antes eram de exclusividade dos homens, promovendo uma política com contornos mais igualitários, o que não significa que tenha sido fácil, mas reconhecendo que o marco histórico aguçou o interesse da mulher na retomada de papel ativo e participativo na sociedade, como ocorrera nos primórdios da humanidade “palco do matriarcado, ou seja, sistema em que a mulher era dirigente e protagonista na organização social”. (ALVES, 2016). ¹¹

A partir de uma visão mais atual da mulher na política, verifica-se que um dos principais motivos para o *déficit* de participação feminina é a falta de incentivo e de investimentos das próprias legendas para que as mulheres sejam efetivamente eleitas. A participação da mulher é ativa em movimentos sociais que transformam o país, no entanto, acabam por não participarem da política partidária por falta de incentivo e de investimentos em suas candidaturas.

Em números, as mulheres perfazem a maioria no Brasil, e os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística divulgados em 2013 indicam que a população estimada no Brasil é de 201.032.714 habitantes, sendo 103,5 milhões de mulheres, o que equivale a 51,4% da população ¹². A proporção também reflete o eleitorado, revelando que grande parcela da população votante é formada por mulheres.

Apesar da representatividade numérica em relação ao total da população no Brasil, os esforços empreendidos para a igualdade de gênero ainda não são suficientes para afirmar que a mulher tem uma efetiva participação política no país.

O texto da Constituição de 1988 é, indiscutivelmente, um avanço em prol da igualdade de gêneros ao estabelecer, no art. 5º, I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, mas, na prática,

¹¹ ALVES, Elizete Lanzoni. *A mulher e seu papel na sociedade: conquista ou (re) conquista?* Disponível em: <<http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos-e-ensaios>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

¹² Dados disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

há um distanciamento considerável entre a letra da lei e a realidade. Na esfera política é ainda mais assente a diferença entre homens e mulheres, o que vale dizer que nesse campo as conquistas femininas estão aquém de outros nos quais a mulher tem expandido seu espaço.

O sistema de cotas (percentual obrigatório de participação feminina nos partidos políticos e consequentemente nas eleições) visa buscar maior equilíbrio de participação, entretanto sua eficácia é controvertida – e em até certo ponto discriminatória – porque a efetiva participação deve ser incentivada desde o nascimento, na família, na escola e no grupo social no qual se insere a menina. A consequência natural é a participação da mulher nos processos decisórios e nos espaços políticos.

O cumprimento da norma deve ser acompanhado de movimento de sensibilização e politização da mulher para que se compreenda a importância de sua participação. A própria edição da lei foi fruto das reivindicações femininas por mais espaço na esfera pública eleitoral; nesse contexto é possível visualizar o aumento das candidaturas femininas, mas a verdadeira transformação para a participação está na informação, no interesse e na compreensão do papel da mulher na sociedade e nos processos decisórios.

3 Democracia Participativa: Campo Fértil para a Atuação Feminina na Política

A democracia participativa em contraponto à democracia meramente representativa exige o exercício da busca pela informação, do interesse coletivo e da cidadania; é uma forma de controle e exercício do poder, fundamentada na participação dos cidadãos nos processos decisórios.

A democracia representativa, que perdurou por todo o século XX como a forma mais coerente para assegurar a liberdade de escolha, cede lugar à democracia baseada na participação do cidadão, tendo em vista que, pelos mais diversos motivos (dentre eles a falta de interesse dos eleitos), a identificação das demandas está cada vez mais difícil.

A organização social em busca de soluções a partir da interação com o Estado se desenvolve cada vez mais, surgindo as ouvidorias, os canais de comunicação, as páginas eletrônicas institucionais e o próprio

contato pessoal com a população. A sociedade quer respostas para as demandas e o espaço público está se abrindo nesse sentido, evidenciando a necessidade de parceria entre representantes e representados na busca dos melhores caminhos e soluções.

Há forte estímulo à participação direta dos indivíduos na vida política, para “superar a dicotomia entre representantes e representados recuperando o velho ideal da democracia grega: a participação ativa e efetiva dos cidadãos na vida pública.” (SELL, 2006, p. 93).¹³

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também denominada “Constituição Cidadã”, estabeleceu avanços importantes relativos ao direito de participação. O processo de redemocratização tem mobilizado a sociedade civil, que se organiza em grupos e movimentos sociais, os quais, na prática, são relevantes experiências de participação política.

No processo de redemocratização, a inclusão do tema relativo à participação da mulher na política destaca-se tanto pelas conquistas femininas no último século como pela adoção de medidas legais de incentivo a essa prática, como ocorre com o sistema de cotas destinadas às mulheres nos partidos políticos.

Se por um lado o objetivo é a diminuição da desigualdade entre homens e mulheres nas disputas partidárias, por outro a iniciativa pode se desenhar aos olhos da sociedade como forma discriminatória em razão da obrigatoriedade e não da conscientização. Isto pode provocar, por exemplo, que as mulheres sejam inseridas no processo eleitoral sem qualquer motivação ideológica partidária ou mesmo de sucesso eleitoral, mas somente para cumprir a norma; neste caso, o verdadeiro motivo da existência da lei restará à deriva de ajustes escusos para “tampar um buraco” partidário.

Inegável que a conquista do direito ao voto e à participação como candidatas foi um marco importante para as mulheres no Brasil (art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97, alterado pela Lei nº 12.034/09), pois assegura a reserva de 30% e 70%, para cada gênero, do número de candidaturas às quais os partidos políticos e coligações têm direito. Todavia, o que antes representava abertura de oportunidade, hoje pode ter outra

¹³ SELL, Carlos Eduardo. *Introdução à Sociologia Política*: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 93.

conotação, porquanto o que se exige é a igualdade de gênero e de condições em todos os níveis de participação na sociedade, desde o mercado de trabalho até os cargos eletivos.

A cota legal que obriga os partidos políticos a terem mulheres como candidatas não é fator de fidedignidade da participação política feminina, considerando que ainda se promove obrigatoriamente (e não facultativamente), ou seja, não pela consciência política da mulher. A cota partidária não deixa de representar uma forma de discriminação que teve sua importância num dado momento histórico, fadado ao desuso ante o aumento da participação efetiva da mulher na política pela conscientização de sua importância e de seu papel, e este é um caminho sem volta.

Independentemente dos problemas vivenciados na política brasileira na atualidade, a eleição de uma mulher como presidente do Brasil contribuiu para mudar o cenário de atrofia participativa feminina na política, incentivando candidaturas pelo reconhecimento da necessidade da inserção da mulher na vida política e decisória do país, e não somente para prover as cotas previstas em lei.

O poder está, historicamente, associado ao homem, todavia, um governante competente é aquele que vivencia a ética, que estimula a democracia participativa, que tem compromisso com a coletividade, não importa se é mulher ou homem. Há significativas mudanças em relação ao fator qualitativo – a politização da mulher está cada vez mais assente, sendo a conscientização política elemento preponderante para a participação feminina na política e o empoderamento feminino de um modo geral.

O fator quantitativo também é relevante pois a cada ano o número de mulheres candidatas aumenta, demonstrando o interesse da mulher em ocupar espaços públicos decisórios, mas ainda está abaixo da expectativa e ainda arrosta desafios.

A Câmara dos Deputados, com 184 anos de existência, teve em 2011 a primeira integrante da Mesa Diretora, a Senadora Rose de Freitas. Na Câmara de Deputados, são 54 mulheres de um total de 513 deputados, o que significa 8% de representação feminina. No Senado o percentual está um pouco acima, com 18,5% de representação feminina (de 27 senadores eleitos, 5 são mulheres). Ainda assim, o número de mulheres na Câmara e Senado é um dos mais baixos da América Latina e do

mundo. Sem falar no número de governadoras no Brasil, extremamente reduzido no longo da história.

Conforme afirma Raquel Paiva (2008), “a entrada massiva das mulheres no cenário do Legislativo e do Executivo pode trazer um enorme diferencial” e “[a] pesar de não dominar a cena pública, o fato de ter saído do espaço privado faz com que lhe sejam direcionados outros olhares.”.¹⁴

Não se pode olvidar, no entanto, que a sociedade brasileira teve forte base patriarcal, reservando às mulheres os temas relativos ao lar; mesmo que esta realidade se apresente de forma diferente no século XXI, a dupla (ou tripla) jornada de atividade feminina muitas vezes representa fator decisivo para a limitação da participação feminina na política.

A representação feminina na política não é satisfatória, mas o caminho já foi iniciado e a trilha, embora repleta de obstáculos, não mais assusta o público feminino em enfrentar o mundo da política.

É preciso analisar também que a participação política decorre da liberdade de pensar e agir, como pondera Hanna Arendt (2006). Para essa filósofa, o conceito de política integra a possibilidade e a capacidade de todos os seres humanos criarem algo novo, a partir do inesperado, do imprevisível, ou seja, a ação política não se desenvolve no isolamento, sempre parte da ação conjunta. (ARENDT, 2006).¹⁵

A liberdade de agir para Hanna Arendt (2006) ocorre no âmbito do espaço público, seara de ação para o exercício da política. A repressão da mulher até há pouco tempo é o oposto do que Hanna Arendt (2006) prevê como condição para a conquista do espaço público, é da própria condição humana que se vislumbra a participação do indivíduo na construção da comunidade política.

A mudança do perfil da mulher nos últimos anos, em relação a si mesma, sua emancipação intelectual, o empoderamento frente ao mercado de trabalho, ao número de filhos e à expectativa de vida, representam fatores primordiais no cômputo geral da participação da mulher na política. Não se nega os avanços, mas ainda muito mais a trilhar.

¹⁴ PAIVA, Raquel. *Política*: palavra feminina. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008, p. 09 e 23.

¹⁵ ARENDT, Hanna. *O Que é Política?* Tradução. Reinaldo Guarany. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

4 O Incentivo da ONU para a Participação Política da Mulher

A Organização Nações Unidas - ONU exerce importante papel no incentivo à participação política da mulher. Por intermédio do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM), a ONU “apoia os esforços que visam aumentar a proporção de mulheres eleitas”¹⁶ e procura reforçar a importância da mulher na esfera legislativa quando eleitas.

Talvez o maior desafio para assegurar a igualdade de gênero no âmbito político não diga respeito somente à questão quantitativa entre homens e mulheres, mas, sobretudo, ao espaço participativo mesmo quando chegam a assumir cargos eletivos. O tema, assim, assume dimensão diferenciada porque não se limita somente ao aspecto quantitativo, mas de eficácia participativa da mulher.

O apoio da ONU torna-se fundamental em um momento transitório da mulher no universo político. Mesmo que países, a exemplo do Brasil, tenham adotado o sistema de cotas, reservando percentual de assentos políticos para as mulheres, a procura é ainda pequena. A questão cultural é fator preponderante e o que se deseja é a mudança do paradigma de que o universo político é masculino.

A construção de uma base para a participação política da mulher passa, obrigatoriamente, pela busca de igualdade de gênero. São lutas antigas e que estão diretamente interligadas.

O movimento mundial com a criação de comissões, observatórios e grupos sociais, envida esforços para que governo e sociedade olhem na mesma direção.

A exigência do UNIFEM em relação à responsividade dos países em prestar contas sobre dados relativos às questões de gênero é uma iniciativa que não põe fim ao problema, mas procura controlar a ascensão das mulheres aos cargos públicos, bem como a diminuição da diferença salarial para funções exercidas por homens e mulheres.

O UNIFEM é órgão consultivo, e auxilia as democracias em desenvolvimento por meio de especial empenho para a eliminação de dispositivos legais discriminatórios ou que atentem de qualquer forma

¹⁶ As Mulheres e a Democracia. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/trabalho-e-estagio-na-onu/29152-as-mulheres-e-a-democracia>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

contra a mulher. Dentre suas ações está o incentivo à igualdade de gênero e o combate à discriminação. A participação das mulheres no processo de consolidação da paz também é objetivo do UNIFEM, promovendo ações e formulações de políticas públicas, sobretudo para as mulheres advindas de situações de conflito.

Por fim, o UNIFEM atua como mediador e aglutinador perante os líderes mundiais buscando a inclusão feminina, transformando a política para alcançar a igualdade de gênero.

5 Considerações Finais

Dos históricos combates travados pela mulher em sua trajetória, o direito de votar e ser votada tem destaque especial pela identificação não somente com a consciência da importância de seu papel como cidadã, mas também pela necessidade da paridade de condições de gênero, além da conquista dos espaços públicos e decisórios.

A participação democrática é o caminho que permite que os interesses das mulheres estejam legitimados em resposta à sua efetiva participação política, a qual se constitui em déficit ainda a ser corrigido.

A atuação da mulher na esfera política, ocupando espaço decisório e de governo, tem aumentado a cada eleição, e isso se deve tanto ao fato da emancipação e do empoderamento feminino que incentiva sua participação, mas também pela existência de norma que prevê cotas nos partidos políticos (art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97, alterado pela Lei nº 12.034/09).

A principal crítica a tecer em relação à previsão legal de cotas diz respeito à interpretação discriminatória que pode representar, tendo em vista que o incentivo à participação feminina na política deve ser prática educacional, desde tenra idade, para a compreensão do papel da mulher na sociedade e no Estado. Além disso, a representatividade feminina meramente por cumprimento legal não satisfaz o verdadeiro sentido da lei, que é o estímulo à efetiva participação política e não somente uma representação nominal na lista de candidatos.

No Brasil o número de mulheres eleitas nos mais diversos cargos políticos ainda está aquém do que se espera em um Estado Democrático de Direito, todavia, passos largos têm sido dados e o caminho já começou a ser trilhado.

Referências

ALVES, Elizete Lanzoni. **A mulher e seu papel na sociedade: conquista ou (re) conquista?** Disponível em: <<http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos-e-ensaios>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

ARENDT, Hanna. **O Que é Política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

GAUTÉRIO. Rosa Cristina Hood. História do sufrágio feminino no Brasil. Resenha Eleitoral. N. 06. Jul/dez 2014. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes/n-6-juldez-2014/integra/2013/11/historia-do-sufragio-feminino-no-rasil/indexd45d.html?no_cache=1&cHash=90759d-10fa3c817a43126ffb618767fd>. Acesso em: 1 fev. 2016.

Declaração dos Direitos da Mulher. **Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis**. V.4, n.1. Florianópolis. Jan/Jun de 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/911/10852>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

HAHNER, June. **A Mulher Brasileira e Suas lutas Sociais e Políticas (1850-1937)**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981, p. 51.

_____. **Emancipação do sexo feminino**: a luta pelos direitos da mulher no Brasil, 1850-1940. Tradução de Eliane Lisboa. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

FAUSTO, Boris (dir.). **O Brasil Republicano, Sociedade e Política (1930-1964)**, t. III, vol. III, por Ângela Maria Castro Gomes, Dulce Chaves Pandolfi, Maria Helena Bousquet Bomeny et al. São Paulo, DIFEL, 1981.

NASCIMENTO. Cecília Viera. OLIVEIRA. Bernardo J. O Sexo Feminino em campanha pela emancipação da mulher. **Cadernos Pagu – Núcleo de Estudos de Gênero. UNICAMP**. n. 29, julho-dezembro de 2007:429-457.

PAIVA, Raquel. **Política**: palavra feminina. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008.

SOUZA, Cassia Regina da Silva Rodrigues. Periódicos Feministas do Século XIX: Um Chamado à Resistência Feminina. **Anais do XV Encontro**

Regional de História – ANPUH-Rio. Disponível em: <http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1337815812_ARQUIVO_ARTIGO-ANPUH2012.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2016.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

Elizete Lanzoni Alves - Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Pós-Doutora pela Universidade de Alicante/Espanha. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí e em Pedagogia pela Universidade do Estado de Santa Catarina-UDESC. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Integrante da Secretaria de Gestão Socioambiental do Poder Judiciário de Santa Catarina. Diretora Executiva da Academia Catarinense de Letras Jurídicas - ACALEJ. Membro da ACALLE e do IASC. Professora da Academia Judicial de Santa Catarina e da Escola de Governo Fundação Ena Brasil - Santa Catarina.

A Tutela Provisória do Processo Eleitoral no Novo Código de Processo Civil

The Interim Protection of the Electoral Process in the New Civil Procedure Code

Oscar Valente Cardoso

Resumo: O artigo analisa a tutela provisória no novo Código de Processo Civil, subdividida em tutela de urgência (cautelar e antecipada) e da evidência, com as consequências que produzirá sobre a prática do processo eleitoral. Para esse fim, recorda as normas e as classificações doutrinárias das tutelas de urgência no CPC de 1973, com o fim de compará-las com o regramento do novo CPC e, consequentemente, as inovações deste e seus reflexos. Destaca a nova divisão da tutela provisória, a consolidação plena do sincretismo, com o fim do processo cautelar, além de analisar a concessão da tutela de urgência condicionada ao requerimento da parte, a estabilização da tutela antecipada, a responsabilidade civil objetiva da parte beneficiada pela tutela posteriormente revogada, as principais características e hipóteses de concessão da tutela da evidência, e normas de direito intertemporal.

Palavras-chave: Tutela Provisória. Código de Processo Civil. Processo Eleitoral.

Abstract: The article analyzes the interim protection in the new Civil Procedure Code, subdivided into injunctive relief (preventive and interlocutory) and evidence, with the consequences which will produce on the practice of the electoral process. For that purpose, it recalls the rules and doctrinal classifications of injunctive relief in CPC of 1973, in order to compare them with the rules of the new CPC and consequently, its innovations and consequences. It is remarkable the new division of interim protection, the full consolidation of syncretism, on termination of the injunction, in addition to analyzing the grant for injunctive relief dependent upon application of a party, the stabilization of anticipated judicial protection, the objective civil responsibility of the benefiting entity by the subsequent revocation of the judicial protection, the main characteristics and assumptions of granting the protection of evidence and rules of intertemporal law.

Keywords: Interim Protection. Civil Procedure Code. The Electoral Process.

1 Introdução

O processo eleitoral no Brasil observa, tradicionalmente, um procedimento célere e com características jurisdicionais, administrativas e mistas, as quais demandam uma rápida solução. Pedidos de impugnação ao registro de candidatura, de inelegibilidade, representações por propaganda irregular ou para o exercício de direito de resposta, por exemplo, demandam a concessão de tutela provisória pelos juízes eleitorais para propiciar a utilidade do processo, a efetividade da prestação jurisdicional e a satisfação do direito material.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) modifica consideravelmente a regulamentação das tutelas cautelar e antecipada, inserindo-as como espécies do gênero tutela provisória, que, por sua vez, divide-se em tutela de urgência (acautelatória e antecipatória) e da evidência.

Este artigo examina as normas sobre tutela provisória no novo CPC (arts. 294 a 311, no Livro V, da Parte Geral), a partir de análise comparada com as normas do CPC de 1973, visando destacar as mudanças realizadas pelo novo Código e seus reflexos sobre o processo eleitoral.

2 As Tutelas de Urgência no CPC de 1973

As tutelas de urgência apoiam-se na existência de um risco iminente de dano ao direito material ou ao processo, sendo indispensáveis para a garantia de que o provimento jurisdicional final tenha eficácia e utilidade, ou seja, para que o bem da vida objeto do litígio seja atribuído a quem tiver direito sobre ele.

A necessidade de urgência justifica a existência de uma tutela anterior à sentença (ou ao seu cumprimento), motivo pelo qual são assim denominadas, a fim de evitar que o decurso do tempo prejudique a efetividade do processo ou do direito material. (BUENO, 2008, p. 288).¹

A tutela de urgência subdivide-se em: (a) cautelar (ou acautelatória), de conteúdo preventivo, que busca garantir a efetividade da prestação jurisdicional; (b) e antecipada (ou antecipatória), de conteúdo satisfativo, a qual assegura o exercício do direito material controvertido

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 288.

de forma provisória, no curso do processo, por aquele que demonstrar melhor a sua titularidade. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 338-339).²

A classificação adotada não possui consenso doutrinário. Teori Zavascki (2009) divide a tutela jurisdicional em: (a) definitiva, apoiada no valor segurança, e que tem como principais atributos a cognição exauriente da lide e a imutabilidade da coisa julgada material; (b) e provisória, que privilegia o valor efetividade, e é caracterizada pela necessária relação com a tutela definitiva, a existência de uma situação de urgência, a cognição sumária, a limitação no tempo e a precariedade (sem formação de coisa julgada).³

Para Daniel Mitidiero (2013), a antecipação de tutela é uma técnica processual, enquanto a tutela cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional do direito.⁴

É importante salientar, ainda, que nem toda tutela antecipatória (no sistema do CPC/73) é de urgência, pois, como será visto, além das situações prementes, também pode ser concedida como uma forma de sanção (para coibir o abuso do direito de defesa) ou até mesmo diante da inexistência de controvérsia sobre parte do pedido. (CÂMARA, 2008, p. 263 e 266).⁵ Por esta razão, como se verá adiante, o novo CPC utiliza a urgência como um dos critérios de diferenciação das tutelas de urgência.

3 A Tutela Cautelar no CPC de 1973

A tutela cautelar surgiu com a necessidade de assegurar que o processo tenha um resultado final útil, ou seja, que o bem jurídico pleiteado ainda exista, preferencialmente, na mesma situação em que se encontrava no início da demanda, para que a decisão judicial possa ter eficácia.

² Nesse sentido, e utilizando a expressão “medidas provisórias”: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 338-339.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 18-40.

⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2013, p. 17.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 263 e 266.

No entendimento de Humberto Theodoro Júnior ⁶

é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada. Pois, de nada valeria, por exemplo, condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistisse ao tempo da sentença. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 540).

Teori Zavascki (2009) afirma que a tutela não definitiva pode propiciar: “[...] (a) providências antecipatórias do gozo do direito vindicado e (b) providências de garantia para a futura execução.” ⁷.

Em sentido amplo, a tutela cautelar abrange qualquer medida que objetive assegurar o resultado final de um processo, em andamento ou futuro, deferida incidentalmente no próprio processo ou em outro.

Regulamentado pelo Livro III do Código de Processo Civil de 1973, o processo cautelar é sempre dependente de outro processo, e pode ser instaurado anteriormente ou durante (medida preventiva ou incidental) o curso desse (art. 796, do CPC/73). ⁸ Por isso, as medidas cautelares são classificadas como instrumentais, pois servem como um instrumento para outro processo, não tendo um fim em si mesmas. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 543). ⁹ Entre suas características destacam-se a preventividade (em relação ao dano, e não ao processo), a provisoriedade (é medida temporária, que pode ser transformada em definitiva no processo principal) e a acessoriedade (em relação ao processo principal). (MACHADO, 2004, p. 1193). ¹⁰ Em consequência, o processo cautelar não tutela o direito, mas o processo principal, a fim de assegurar a eficácia e a utilidade do resultado desse.

Ressalta-se, assim, que, mesmo no CPC de 1973, a tutela cautelar não é prestada exclusivamente em processo autônomo. Os requisitos para a concessão da medida cautelar são mencionados nos arts. 798 e 801 do CPC/73, e consistem no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 540.

⁷ ZAVASCKI, *ob. cit.*, 2009, p. 27.

⁸ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

⁹ THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, 2008, p. 543.

¹⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 1193.

O *fumus boni iuris* é a plausibilidade do direito material, ou seja, a existência de indícios ou provas que demonstrem a existência do direito e a probabilidade de acolhimento, em tese, do pedido de sua efetivação no processo principal.

Já o *periculum in mora* é a possibilidade de que, com a demora na tramitação do processo principal, sua decisão final não tenha eficácia e utilidade, ou seja, o direito objeto da tutela não possa mais ser satisfeito. O art. 798 do CPC/73 exige que esse perigo seja derivado de um “fundado receio” (ou seja, uma situação objetiva o demonstre, e não somente haja uma intuição subjetiva do requerente), que o dano ocorra antes do julgamento do processo (e que a demora impeça ou dificulte a satisfação do direito), e que essa lesão seja grave e de difícil reparação (logo, caso não seja concedida a medida cautelar, dificilmente será possível o desfazimento do dano que for causado ao direito da parte).¹¹

4 A Tutela Antecipada no CPC de 1973

A tutela antecipatória consiste em um provimento judicial que, liminarmente ou no curso do processo, concede provisoriamente à parte o objeto de seu alegado direito.

Daniel Mitidiero (2013) define-a como “[...] a técnica direcionada a antecipar de forma provisória mediante cognição sumária a tutela jurisdicional do direito à parte visando à distribuição isonômica do ônus do tempo no processo.”¹² Cássio Scarpinella Bueno (2009) conceitua-a como “[...] a possibilidade da precipitação da produção dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, isto é, não seriam sentidos no plano exterior ao processo [...] até um evento futuro [...]”.¹³

Por ser provisória e de cognição sumária, não se pode esquecer que “antecipar efeitos da tutela continua significando prestar tutela juris-

¹¹ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

¹² MITIDIERO, *ob. cit.*, 2013, p. 17.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

dicional de natureza provisória, e, portanto, excepcional.” (ZAVASCKI, 2009, p. 75).¹⁴

E ainda: a antecipação dos efeitos da tutela *é limitada pelo pedido*, ou seja, não se pode requerer além do que poderá ser concedido no provimento jurisdicional final. (NERY JUNIOR et. al., 2014, p. 652).¹⁵

O art. 273 do CPC/73 trazia os principais fundamentos dessa espécie de tutela:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

[...]

§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Com base nesse dispositivo, exigiam-se os seguintes requisitos para o deferimento da tutela antecipatória: (a) requerimento da parte, em regra; (b) existência de prova inequívoca demonstrando as alegações da parte (*fumus boni iuris*);¹⁶ (c) receio fundado de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), ou a demonstração do abuso de direito de defesa, ou do manifesto propósito protelatório do réu (um entre os três requisitos, ou seja, havia duas alternativas à prova do *periculum in mora*); (d) e a possibilidade de reversão da medida, na eventualidade do resultado final contrário à tutela antecipatória. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 338-339).¹⁷

¹⁴ ZAVASCKI, *ob. cit.*, p. 75

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 14. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 652.

¹⁶ A expressão “prova inequívoca” gera críticas, pois pressupõe que existe prova que independa de valoração judicial para demonstrar os fatos narrados pela parte (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 352).

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 338-339.

O §6º do art. 273 do CPC/73, incluído pela Lei nº 10.444/2002, trazia uma hipótese diferenciada de concessão da tutela antecipatória: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Portanto, caso um dos fatos (e não dos pedidos, como equivocadamente mencionado no dispositivo) alegados no processo fosse incontroverso e, conseqüentemente, independesse de prova (art. 333, III, do CPC), poderia ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela para o(s) pedido(s) relacionado(s) com esse fato, independentemente da existência dos requisitos acima listados. Isso ocorria quando o réu deixasse de contestar um dos pedidos, ou reconhecesse algum dos pedidos, ou confessasse parte dos fatos narrados na inicial, entre outras hipóteses. (MACHADO, 2004, p. 360-362).¹⁸

Diferentemente da tutela cautelar, que busca somente assegurar a utilidade e a eficácia da decisão final, a tutela antecipatória efetivamente concretiza o provável resultado do processo, mas de forma provisória, pois pode ser revogada ou alterada no curso do processo (art. 273, §4º, do CPC/73).

Sobre as semelhanças e distinções, Daniel Mitidiero (2013) afirma que

[...] não é possível confundir a técnica antecipatória com a tutela cautelar. A primeira consubstancia-se essencialmente em uma *inversão procedimental* e constitui uma *técnica processual*. É um meio para a realização de uma finalidade. A segunda é um dos *fins possíveis* resultantes do emprego do meio – é uma espécie de *tutela jurisdicional do direito*. (MITIDIERO, 2013, p.17).¹⁹

Para Humberto Theodoro Júnior,

tanto a medida cautelar [...] como a medida antecipatória [...] representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 549).²⁰

¹⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 360-362

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Ob. cit.*, 2013, p. 17.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, 2008, p. 549.

Em síntese, a tutela cautelar tem uma função *preventiva* de garantir que o processo terá utilidade, e a decisão final poderá ser cumprida, e a tutela antecipatória tem função *satisfativa*, pois efetiva (ainda que temporariamente) o direito requerido pela parte.

As dificuldades surgidas na prática para diferenciar, em várias situações, as tutelas cautelar e antecipatória, levaram ao acréscimo do §7º ao art. 273 do CPC, pela Lei nº 10.444/2002, com a seguinte redação: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”.

Trata-se da *fungibilidade* entre as medidas cautelar e antecipatória, que permite o deferimento da tutela correta mesmo que seja pleiteada a outra, inadequada para o caso concreto. Busca-se, com isso, evitar que a tutela de uma situação de risco (que pode fazer com que o processo perca sua utilidade e eficácia) seja denegada somente por aspectos formais do pedido.

Entretanto, essa fungibilidade não dispensa a parte interessada de demonstrar os requisitos da tutela correta. Assim, caso requeira, como medida cautelar, a antecipação dos efeitos da tutela, deverá comprovar a possibilidade de deferimento desta (cujos requisitos são, em regra, mais rigorosos), e não daquela. Neste sentido, conforme o entendimento do STJ: “[...] Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida.” (AgRg no REsp 1003667/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 19/05/2009, *DJe* 01/06/2009).²¹

5 A Tutela Provisória no Novo CPC

O novo CPC unificou as espécies de tutela liminar e provisória sob a denominação genérica de *tutela provisória*, regulamentada no Livro V da Parte Geral (arts. 294 a 311).

²¹ No mesmo sentido: REsp 889886/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 07/08/2007, DJ 17/08/2007, p. 413; REsp 627759/MG, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 198.

A tutela provisória divide-se em: (a) tutela de urgência, com a mesma natureza daquela prevista no CPC/73, consistindo em proteção imediata a situações urgentes, sobre as quais há um risco (comprovado) de que não poderão ser prestadas no final do processo ²²; e (b) tutela da evidência, que se baseia exclusivamente na demonstração do direito, dispensada a prova do risco de dano (art. 294 do novo CPC).

O principal *critério de distinção* entre as duas espécies de tutela provisória é a *urgência*. Como a própria denominação indica, a tutela de urgência destina-se a situações inadiáveis, enquanto a tutela da evidência se destina a *todas as outras formas de tutela provisória não urgentes*, mas que são prestadas liminarmente em virtude da evidência do direito ²³.

Por outro lado, como ponto comum, ambas buscam assegurar o resultado útil do processo garantindo que a prestação jurisdicional possa ser efetiva, com a entrega do direito material a uma das partes ou assegurando a sua preservação, independentemente da medida (acautelatória ou antecipatória) adotada. Por essa razão, não se aplica a regra de incidência do contraditório prevista no art. 9º do novo CPC ²⁴ às tutelas provisórias de urgência e da evidência, conforme dispõe o seu parágrafo único; isso

²² Sobre o conceito da tutela de urgência no novo CPC: “[...] a técnica processual empregada para impedir a consumação ou o agravamento do dano – o que pode consistir no agravamento do prejuízo ou no risco de que a decisão final seja ineficaz no plano dos fatos, que geram a necessidade de uma solução imediata – e que pode ser classificada como a tutela de urgência. É, pois, a resposta do processo a uma situação de emergência, de perigo, de urgência.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 498).

²³ Na doutrina: “A tutela de urgência está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, sendo, portanto, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a tutela da evidência baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo desde já aquilo que muito provavelmente virá ao final” (retirados os grifos em negrito do original) (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 487).

²⁴ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...] Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; [...].

significa que é possível conceder a tutela provisória em favor do autor sem a oitiva prévia do réu.

Em redação que pode induzir a interpretações equivocadas, o art. 295 do novo CPC prevê que “a tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas”. Entretanto, isso não significa que a tutela provisória antecedente pressupõe o pagamento de custas processuais (além daquelas que são devidas para o pedido de tutela definitiva), ou que exista um processo autônomo e próprio para as tutelas de urgência e da evidência. O novo CPC *extinguiu o processo cautelar* e não há nenhuma forma de tutela provisória que não seja dependente de um pedido de tutela definitiva, ou seja, será sempre *acessória*, independentemente de ser antecedente ou incidente. A única exceção, como se verá adiante, está na tutela antecipada estabilizada, que dispensa o pedido de tutela definitiva, mas, em razão disso, não tem seu mérito julgado.

Assim, o art. 295 busca apenas esclarecer que: (a) é devido o pagamento das custas processuais iniciais, no momento do protocolo da petição inicial, com os pedidos das tutelas provisória antecedente e definitiva; (b) e, se for requerida no curso do processo, *não são devidas novas custas processuais para a tutela provisória incidental*.

6 As Tutelas de Urgência no Novo CPC

A tutela de urgência observa a classificação do CPC/73 e é subdividida em (a) tutela antecipada; (b) e tutela cautelar.

Da mesma forma que no Código anterior, a tutela de urgência consiste na proteção de direito material (antecipada) ou processual (cautelar), por meio de cognição sumária e a adoção de providências práticas que buscam assegurar a efetividade do direito (material ou processual) no momento da entrega final da prestação jurisdicional.

Basicamente, enquanto a tutela cautelar assegura que o direito material seja conservado para ser passível de tutela no futuro, a tutela antecipada antecipa o próprio direito material ao autor. Em outras palavras, “[...] na cautelar protege-se para satisfazer, enquanto na tutela antecipada

satisfaz-se para proteger.” (WAMBIER, 2015, p. 488).²⁵ De outro lado, como pontos comuns entre as duas espécies de tutela de urgência estão a cognição sumária, a precariedade (em regra) e a postergação do contraditório na concessão liminar (DINAMARCO, 2004, p. 55).²⁶

Inovação importante está no *fim do processo cautelar*. Não há mais um Livro dedicado ao processo cautelar, tampouco o processo autônomo, em autos separados, com a finalidade exclusiva de prestar a tutela cautelar. O novo CPC concretiza de forma plena o *sincretismo processual* iniciado pela Lei nº 11.232/2005, que substituiu o processo de execução de sentença pelo cumprimento da sentença nos mesmos autos do processo de conhecimento. A partir da entrada em vigor do Código novo, as tutelas de cognição, cautelar e de execução serão prestadas em um só processo.

A precariedade também foi alterada quanto à tutela antecipada, a qual pode ser *estabilizada*, como se verá adiante.

Outro aspecto importante do novo CPC está na *impossibilidade de concessão da tutela de urgência de ofício*. Esse tema sempre foi polêmico no CPC/73, desde a alteração do art. 273 pela Lei nº 8.952/94.

Como visto, um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada é o requerimento da parte, tendo em vista a previsão expressa de que “o juiz poderá, a requerimento da parte, [...]”. Nesse sentido, parte da doutrina defende a impossibilidade da sua concessão de ofício, com base

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 488.

²⁶ Sobre o assunto: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55.

na redação do art. 273 e no princípio da inércia da jurisdição previsto no art. 2º do CPC/73²⁷ (e reiterado no art. 2º do novo CPC).²⁸

De outro lado, alguns autores defendiam a sua possibilidade com fundamento no §3º do art. 273 do CPC/73, segundo o qual “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”. Por sua vez, o art. 461, §5º, do CPC/73, permitia ao juiz, de ofício, determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica por ele prestada. Entretanto, o dispositivo não trata de concessão de ofício da medida, mas apenas da adoção, de ofício, de *medidas que permitam ou facilitem o cumprimento da decisão judicial*²⁹.

No Superior Tribunal de Justiça a questão também gera controvérsia. Há acórdãos admitindo a concessão de ofício da tutela antecipada, com base no poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC/73) e na fungibilidade das tutelas de urgência (art. 273, §7º, do CPC/73), no dever do juiz em assegurar a efetividade do processo, e na autorização

²⁷ “Não há antecipação dos efeitos da sentença sem provocação da parte.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo Talamini. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. 13. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 407). Ainda: “Tendo em vista que *ne procedat iudex ex officio*, conforme dispõe o art. 2º do CPC, estando o juiz adstrito aos limites do pedido formulado, temos também que a antecipação de tutela só deve ser concedida se houver requerimento nesse sentido, norma expressa, aliás, no caput do art. 273” (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 604). Com o mesmo entendimento: “O primeiro requisito para a concessão da antecipação da tutela é o requerimento da parte. Isto porque, *ex legis*, não poderá o juiz antecipar a tutela de ofício.” (VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 130). Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery defendem, em princípio, a inviabilidade da concessão de ofício, mas a admitem em determinadas situações excepcionais, como na situação de ação trabalhista proposta pelo empregado sem a assistência de advogado (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 14. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 653-654).

²⁸ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

²⁹ §5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

legal para a concessão de ofício de medidas antecipatórias de caráter mandamental (art. 461, §5º, do CPC/73).³⁰

O novo CPC deixa bastante claro que a tutela provisória (gênero) depende do requerimento da parte, em seus arts. 295 (“a tutela provisória requerida”) e 299 (“a tutela provisória será requerida ao juízo da causa”). Previsões similares são encontradas na tutela antecipada antecedente – art. 303 (“a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada [...]”), e na tutela cautelar antecedente – art. 305 (“A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar [...]”). *Portanto, todas as hipóteses de tutela de urgência no novo CPC dependem de requerimento da parte.*

Contudo, da mesma forma que no CPC/73 (art. 273, §4º)³¹, o novo CPC permite *a modificação e a revogação de ofício da tutela de urgência*, em seu art. 296: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.”.

³⁰ PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO CONCEDIDA NO ACÓRDÃO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. [...] 2. As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao cumprimento da garantia do devido processo legal. Elas regulam situação que demanda exegese que estabeleça um equilíbrio de garantias e princípios (v.g., contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, direito à vida, resolução do processo em prazo razoável). [...] 5. A doutrina admite, em hipóteses extremas, a concessão da tutela antecipada de ofício, nas ‘situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança’ (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 384-385). 6. A jurisprudência do STJ não destoa em situações semelhantes, ao reconhecer que a determinação de implementação imediata do benefício previdenciário tem caráter mandamental, e não de execução provisória, e independe, assim, de requerimento expresso da parte. (v. AgRg no REsp 1.056.742/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 11.10.2010 e REsp 1.063.296/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.12.2008). 7. Recurso Especial não provido” (REsp 1309137/MG, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 08/05/2012, DJe 22/05/2012).

³¹ §4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

A tutela de urgência (antecipada e cautelar) possui dois requisitos genéricos, previstos no art. 300 do novo CPC ³²: (a) a probabilidade do direito; (b) e o perigo de dano (na tutela antecipada) ou o risco ao resultado útil do processo (na tutela cautelar).

Portanto, não se exige mais a “prova inequívoca” prevista no CPC/73, mas a *probabilidade do direito*, consistente na cognição sumária sobre quem é o provável titular do direito (autor ou réu), para deferir – ou não – a tutela de urgência. (AMARAL, 2015). ³³

O juiz pode acrescentar uma *condição* para a concessão da tutela de urgência, consistente na caução real ou fidejussória, com o objetivo de ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer com a medida (§1º do art. 300 do novo CPC), ³⁴ ressaltando-se, contudo, a dispensa dessa exigência quando a parte beneficiada pela tutela de urgência for economicamente hipossuficiente e não puder prestá-la.

Portanto, em resumo: (a) em regra, a parte não tem a obrigação de prestar caução para a obtenção da tutela de urgência; (b) excepcionalmente, e com fundamento nas peculiaridades do caso e na necessidade de garantir o ressarcimento de danos eventualmente causados à parte contrária com a concessão da tutela de urgência, o juiz pode determinar que a parte beneficiada preste caução, real ou fidejussória; e, (c) nessa situação excepcional, o juiz pode dispensar a caução quando a parte beneficiada com a tutela de urgência comprovar sua hipossuficiência econômica.

Ainda, na ausência de prova documental suficiente, o juiz pode determinar a realização de audiência de *justificação prévia* para a concessão liminar da tutela de urgência (§2º do art. 300 do novo CPC). ³⁵

³² Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

³³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

³⁴ §1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

³⁵ §2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Há, por outro lado, um *requisito contrário* à concessão da tutela de urgência, consistente no perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§3º do art. 300 do novo CPC).³⁶ Isto significa que, caso a tutela de urgência pretendida possa se tornar definitiva (na prática) antes do trânsito em julgado da decisão de mérito, ou seja, de forma que impossibilite o retorno ao *status quo ante* na hipótese de o julgamento ser contrário ao beneficiado por aquela, sua concessão é vedada, ainda que estejam presentes todos os requisitos para a sua concessão.

Na prática, entretanto, essa proibição não é absoluta e, com base em outras normas, a tutela de urgência pode ser concedida ainda que haja perigo de irreversibilidade. Neste sentido é o que prevê o Enunciado nº 25 da ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, §3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).”.

A tutela de urgência cautelar pode ser: (a) nominada (típica), com previsão expressa no CPC, que compreende apenas o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens e o registro de protesto contra alienação de bem; e (b) inominada (atípica), que, apesar de não especificamente prevista no Código, é concedida com base no *poder geral de cautela* (art. 301 do novo CPC).³⁷ Contudo, ao contrário do CPC/73, o qual estabelece procedimento próprio para cada tutela cautelar típica, o novo CPC *não estabelece procedimentos diferenciados* para as tutelas de urgência cautelares, típicas ou atípicas.

Essa denominação será utilizada para designar apenas a *medida cautelar*, diante da inexistência de *processo cautelar* no novo Código.

Recorda-se que, no novo CPC, as duas espécies de tutela de urgência (cautelar e antecipada) podem ser prestadas de forma: (a) antecedente, quando a urgência for demonstrada antes da propositura do pedido principal, e é analisada em medida liminar, com a apresentação posterior

³⁶ §3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

³⁷ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assegurar o direito.

Acerca da manutenção do poder geral de cautela pelo novo Código, dispõe o Enunciado nº 31 do FPPC: “(art. 301) O poder geral de cautela está mantido no CPC.”.

do pedido de tutela definitiva; ou (b) incidental, quando a urgência ocorrer no curso do processo, a partir da apresentação do pedido inicial. Por exemplo: se na petição inicial o autor apresentar os pedidos da tutela provisória de urgência cautelar e da tutela definitiva, aquela será *incidental*.

A tutela provisória é *antecedente* quando apresentada antes da definitiva. Trata-se de outra inovação, considerando que no CPC de 1973 apenas a tutela cautelar podia ser prestada em caráter antecedente ou incidental (art. 796) ³⁸, enquanto a tutela antecipada era apenas incidental, ou seja, não podia ser apresentada antes do pedido principal.

O novo CPC regulamenta em dispositivos em separado ao procedimento das tutelas antecipada (arts. 303 e 304) e cautelar (arts. 305 a 310), quando requeridas em caráter *antecedente*.

Ainda assim, não há um processo autônomo, tendo em vista que a tutela antecipada é requerida na petição inicial, juntamente com o pedido de tutela definitiva. O art. 303 ressalva que a tutela antecipada antecedente pode esgotar o objeto do pedido:

“[...] a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.”.

Recorda-se que a tutela provisória de urgência é uma das *exceções ao contraditório prévio* e da necessidade de se ouvir a parte contrária antes de proferir decisão contra ela (art. 9º, parágrafo único, I, novo CPC). ³⁹ Logo, o juiz pode deferir a tutela de urgência cautelar ou antecipada antecedente sem que isso descumpra o direito da parte contrária ao contraditório, mas, se essa decisão puder causar tal violação, deve postergá-la para momento posterior à manifestação do réu. ⁴⁰

³⁸ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

³⁹ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência [...].”.

⁴⁰ Nesse sentido é o teor do Enunciado nº 30 do FPPC: “(art. 298) O juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela provisória sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio”.

A regulamentação da tutela de urgência antecedente é diferenciada porque o novo CPC admite a *estabilização da tutela antecipada* em seu art. 304: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”⁴¹.

Essa estabilização consiste na manutenção da eficácia da decisão que deferir a antecipação dos efeitos da tutela, independentemente de instrução posterior ou de sentença de mérito. Não havendo recurso, a decisão em cognição sumária se torna estável e o processo não segue até o julgamento final, devendo o juiz proferir sentença de extinção do processo *sem resolução do mérito*.⁴² E ainda, como estímulo ao comportamento cooperativo e não litigioso, o réu fica isento do pagamento de custas processuais finais, e o juiz deve fixar os honorários de sucumbência em percentual reduzido (5% sobre o valor da causa).⁴³

No entanto, essa estabilização não tem força de coisa julgada (art. 304, § 6º),⁴⁴ considerando que são apenas os efeitos da tutela antecipada que se prolongam no tempo, e não o conteúdo da decisão. Por essa razão, a tutela antecipada estável só pode ser revista, reformada ou invalidada por ação própria (*ação de revisão, reforma ou invalidação*), a qual possui requisitos próprios e não se confunde com a ação rescisória.

⁴¹ Ainda, há quem defenda a possibilidade de estabilização da tutela antecipada em outras hipóteses, desde que expressamente admitidas pelas partes em negócio jurídico processual, nos termos do art. 190 do novo CPC. Nesse sentido é o Enunciado nº 32 do FPPC “(art. 304) Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente”.

⁴² O § 1º do art. 304 não esclarece a natureza dessa sentença, por referir laconicamente que “No caso previsto no caput, o processo será extinto”. Contudo, tendo em vista que a decisão não faz coisa julgada material (art. 304, § 6º), é evidente que a sentença extingue o processo sem resolução de mérito, permanecendo estáveis apenas os efeitos da decisão que concedeu a tutela de urgência antecipada.

⁴³ Conforme prevê o Enunciado nº 18 da ENFAM: “Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015).”.

⁴⁴ Art. 304. [...] §6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo.”. Ainda, nos termos do Enunciado nº 27 da ENFAM: “Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015.”.

⁴⁵ Essa ação deve ser proposta pelo réu no prazo decadencial de 2 anos, de acordo com o procedimento previsto nos §§2º a 6º do art. 304. (WAMBIER et. al., 2015, p. 510). ⁴⁶ A referida ação de revisão, reforma ou invalidação, também pode conter uma decisão de antecipação de tutela, ou seja, o juiz pode deferir tutela de urgência para suspender os efeitos da tutela antecipada estável do processo anterior. ⁴⁷

Já a tutela cautelar antecedente, apesar de inicialmente ter *aparência de processo cautelar* por iniciar apenas com o seu requerimento (art. 305) ⁴⁸, passa a ter o pedido principal nos mesmos autos, a ser apresentado pelo autor no prazo de 30 dias, contados a partir da efetivação da tutela (art. 308) ⁴⁹. Além disso, o §1º do art. 308 do novo CPC prevê que “o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.”.

No mais, o procedimento da tutela de urgência *incidental* é similar nas espécies antecipada e cautelar.

O art. 302 do CPC/2015 traz uma inovação sobre as consequências prejudiciais causadas à outra parte pela concessão da tutela de ur-

⁴⁵ Sobre o tema, dispõe o Enunciado nº 33 do FPPC “(art. 304, §§) Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.”.

⁴⁶ “O que se pretende é que a decisão proferida em sede de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento antecedente produza e mantenha seus efeitos, independentemente da continuidade do processo de cognição plena, quando as partes conformam-se com tal decisão. Se as partes ficam satisfeitas com a decisão que concedeu a tutela antecipada, baseada em cognição sumária e sem força de coisa julgada, o NCPC não as obriga a prosseguir no processo, para obter uma decisão de cognição plena, com força de coisa julgada material” (WAMBIER, *Ob. cit.*, 2015, p. 510).

⁴⁷ De acordo com o Enunciado nº 26 da ENFAM: “Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior”.

⁴⁸ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁴⁹ Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

gência: *a responsabilidade civil objetiva* da parte beneficiada pela tutela posteriormente revogada, nas seguintes hipóteses:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Portanto, independentemente da existência de culpa e dolo da parte beneficiada pela tutela, caso ocorra alguma das citadas situações, e existindo nexo de causalidade entre o fato (tutela de urgência) e o dano causado à parte contrária, surge o dever de indenizar, a ser cumprido, preferencialmente, nos mesmos autos.

7 A Tutela da Evidência no Novo CPC

A tutela provisória da evidência, como visto, consiste em espécie de tutela provisória baseada na demonstração do direito da parte, ainda que não haja nenhum risco à efetividade do direito material⁵⁰ - é *tutela provisória sem urgência*. O requisito principal da tutela da evidên-

⁵⁰ Sobre a tutela de evidência, na doutrina: “Há situações em que o direito invocado pela parte se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente. Nessas hipóteses, não se conceber um tratamento diferenciado, pode ser considerado com uma espécie de denegação de justiça, pois, certamente, haverá o sacrifício do autor diante do tempo do processo” (WAMBIER, *Ob. cit.*, 2015, p. 523). Ainda: “A concessão da ‘tutela de evidência’ independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, isto é, para empregar a expressão geralmente usada para descrever uma e outra situação do *periculum in mora*” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 231).

cia é, portanto, a *comprovação de evidência do direito material* da parte autora, independentemente de prova de dano ou risco de dano.⁵¹

A principal distinção entre as tutelas da evidência e de *urgência* está na urgência, exigida na segunda e dispensada na primeira. Essa divisão da tutela provisória em duas espécies busca diferenciar a *natureza* da proteção e os *requisitos* necessários para a concessão de cada uma delas.

Também se distingue a tutela da evidência do julgamento antecipado do mérito, total ou parcial (arts. 355 e 356 do novo CPC) – a primeira é decisão em cognição sumária e provisória, enquanto o segundo decorre de cognição exauriente e definitiva da lide.

Enquanto a tutela de urgência é mais abrangente e confere discricionariedade ao juiz, que constrói em cada decisão o conceito de urgência, a tutela da evidência é restrita, considerando que *é evidente o direito que o legislador assim considerar*.

O art. 311 do CPC/2015 regulamenta a tutela da evidência, permitida em quatro situações:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

⁵¹ Nesse sentido: “Trata-se de uma tutela provisória, mas não de urgência, porquanto fundada exclusivamente na evidência do direito, não se cogitando de *periculum in mora*.” (WAMBIER, *Ob. cit.*, 2015, p. 524).

Duas hipóteses podem ser concedidas *liminarmente* (incisos II e III), e as quatro podem ser deferidas após a oitiva do réu, conforme prevê o parágrafo único. A razão para essa diferenciação está no fato de, como se verá, as previsões dos incisos I e IV dependerem do comportamento processual do réu (motivo pelo qual não podem ser deferidas antes de sua primeira manifestação, pelo menos), enquanto aquelas dos incisos II e III independem da oitiva prévia do réu (logo, podem ser concedidas no juízo de admissibilidade da petição inicial, o que não impede que também sejam deferidas no curso do processo, após a resposta do réu). Ressalva-se, contudo, que não há tutela da evidência *antecedente*, porque o seu pedido é sempre formulado com o pedido principal, de tutela definitiva, razão pela qual é sempre *incidental*.

A primeira hipótese está prevista como ensejadora da tutela antecipada do CPC/73 (art. 273, II), e deriva, no novo Código, dos princípios da boa-fé objetiva e da cooperação (arts. 5º e 6º).

O autor tem direito à tutela da evidência (incidental) quando o réu cometer abuso no exercício de seu direito de defesa, ou demonstrar manifesto propósito protelatório no andamento do processo. As duas condutas não possuem uma descrição objetiva e são construídas na prática dos tribunais. Em regra, estão relacionadas com o uso dos instrumentos processuais em excesso (os recursos, principalmente – por exemplo, os embargos declaratórios em agravo regimental em agravo de instrumento em recurso extraordinário), ou de forma contrária à lei e às provas (como o requerimento de produção de prova testemunhal sobre fatos já demonstrados por prova documental ou pericial)⁵², ou em desacordo com súmula ou jurisprudência de Tribunal, ou com a reiteração das mesmas alegações nas peças processuais (por exemplo, o réu vencido repete os mesmos argumentos na contestação, na apelação, em embargos declaratórios, em recurso especial, extraordinário, agravo de instrumento etc.).⁵³

⁵² De forma similar ao art. 400, II, do CPC/73, o art. 443, II, do novo CPC, prevê que “o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

⁵³ “A defesa deve ser abusiva, excessiva, anormal, inadequada, com o propósito de frustrar e/ou atrasar a prestação jurisdicional. É interessante observar que o réu pode apresentar defesa técnica adequada e mesmo assim abusar do direito de defesa, que deve ser lido consoante o princípio da ampla defesa, abarcando não só as peças confeccionadas pelo réu, mas também as peças produzidas pelo Ministério Público e pelo Juízo. Resenha Eleitoral (Florianópolis), v. 20, n. 1, p. 171-199, jul. 2016

O inciso II do art. 311 condiciona a concessão da tutela da evidência ao cumprimento de dois requisitos: (a) comprovação documental das alegações de fato (e a desnecessidade de demonstração por outros meios); e (b) existência de tese fixada em súmula vinculante (do STF) ou em julgamento de caso repetitivo (do STF, STJ ou do Tribunal ao qual o julgador estiver vinculado) no mesmo sentido do pedido do autor. A menção genérica, pelo dispositivo, da expressão “julgamento de casos repetitivos”, abrange tanto o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos pelo STF e STJ, respectivamente (arts. 1.036/1.041), quanto o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (arts. 976/987), de competência dos Tribunais. Além dessas hipóteses, defende-se a possibilidade de concessão da tutela da evidência com base em súmula de tribunal (STJ, TSE, TST, STM, ou outro tribunal ao qual o julgador estiver vinculado), e não apenas nas súmulas vinculantes do STF.⁵⁴

Ainda, na linha do entendimento do STF acerca da eficácia de suas decisões a partir da publicação (e mesmo antes do trânsito em julgado)⁵⁵, o Enunciado nº 31 da ENFAM dispõe que “a concessão da tutela

cionadas a esse título (contestação, reconvenção etc.) como também a conduta do réu na defesa de seus interesses.” (WAMBIER, *Ob. cit.*, 2015, p. 524).

⁵⁴ De acordo com o Enunciado nº 30 da ENFAM: “É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.”

⁵⁵ Nesse sentido, por exemplo: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional. 3. A eficácia

de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma.”.

Por sua vez, o inciso III diz respeito à ação de depósito, procedimento especial previsto nos arts. 901 a 906 do CPC/73, o qual seguirá o procedimento comum no novo CPC. O autor tem direito à tutela da evidência quando apresentar: (a) pedido reipersecutório, ou seja, formulado pelo proprietário de bem que não está na sua posse; (b) e instruído com o contrato de depósito e prova da mora do devedor.⁵⁶ Trata-se de uma tutela específica, consistente na entrega do bem, pelo réu ao autor, sob pena de multa.

Finalmente, a tutela da evidência (incidental) pode ser concedida quando (a) a petição inicial estiver instruída com prova documental suficiente para demonstrar os fatos constitutivos do direito; e (b) o réu não produzir provas satisfatórias para gerar dúvida razoável sobre o direito do autor. Trata-se de utilização de *standard* probatório, influência do direito dos Estados Unidos.⁵⁷ Essa hipótese de tutela da evidência

executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.” (RE 730462/SP, Pleno, rel. Min. Teori Zavascki, j. 28/05/2015, DJe 08/09/2015).

⁵⁶ Apesar de o inciso III do art. 311 não fazer menção, a mora do devedor também deve ser comprovada, a fim de demonstrar o descumprimento do contrato pelo réu e o direito do autor à posse do bem. Nesse sentido, prevê o Enunciado nº 29 da ENFAM: “Para a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, III, do CPC/2015, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora.”.

⁵⁷ Os três principais *standards* probatórios são: (a) “*preponderance of evidence*” (preponderância de provas), exigidos para os casos cíveis, de modo geral; (b) “*clear and convincing evidence*” (prova clara e convincente), incidente sobre casos cíveis espe-

Resenha Eleitoral (Florianópolis), v. 20, n. 1, p. 171-199, jul. 2016

não se confunde com as situações de dispensa de dilação probatória e de pedido incontroverso, as quais possibilitam o julgamento antecipado do mérito (total e parcial, nos termos dos arts. 355, I, e 356, I, do novo CPC).

Ademais, questão que certamente causará controvérsia é a extensão – ou não – da tutela da evidência nas hipóteses de proibição de concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública. Em sentido contrário, o Enunciado nº 35 do FPPC prevê que “as vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se aplicam aos casos de tutela de evidência.”.

Para resolver a questão, duas situações devem ser diferenciadas: (a) proibições legais de concessão de tutela cautelar ou antecipada não impedem a concessão da tutela da evidência, por se tratarem de espécies distintas de tutela provisória; (b) as vedações genéricas ao deferimento de *medida liminar*⁵⁸ contra a Fazenda Pública abrangem qualquer forma de tutela provisória, seja de urgência, seja da evidência.

8 Reflexos da Tutela Provisória do Novo CPC no Processo Eleitoral

As mudanças realizadas pelo novo CPC sobre a tutela provisória refletem sobre o processo eleitoral, conforme determina de forma expressa o seu art. 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”.

Apesar da ausência de normas similar no CPC/73, por se tratar de norma geral os Códigos de Processo Civil anteriores já produziam reflexos sobre as leis processuais especiais (inclusive no processo eleitoral), independente de regra expressa. Ademais, o novo Código realiza de forma *parcialmente adequada* a distinção entre aplicação: (a) supletiva, que busca preencher uma lacuna, quando a lei processual especial não regulamentar o tema, ou contiver omissões na regulamentação; e (b)

cíficos (c) e “*evidence beyond a reasonable doubt*” (prova além de qualquer dúvida razoável), aplicável ao processo penal. Sobre o assunto: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37-45.

⁵⁸ Compreendida, em sentido amplo, como a tutela prestada em cognição sumária, em momento anterior à sentença.

subsidiária, que busca auxiliar no tratamento do assunto, quando a lei processual especial regulamentar o tema, mas necessitar de auxílio na interpretação ou aplicação da norma, por um princípio ou regra do Código de Processo Civil. Em suma, a incidência supletiva pressupõe a omissão, enquanto a subsidiária não depende de lacuna.⁵⁹

A distinção está parcialmente correta tendo em vista que, apesar de fazer menção expressa à aplicação subsidiária e supletiva, o citado art. 15 do novo Código inicia justificando essas formas de integração nos casos de “ausência de normas”. Como visto, a existência de normas não impede a utilização subsidiária do CPC na aplicação de outras leis, inclusive, em processos administrativos e judiciais, trabalhistas e eleitorais.

Assim, o novo Código de Processo Civil deixa claro que não regulamenta apenas o processo civil, mas o processo *cível* (ou seja, de natureza não penal), de forma subsidiária e supletiva; por isso, deve ser utilizado como base principal para a interpretação e a aplicação de todas as normas processuais no Brasil, previstas em outros Códigos e em leis especiais, ou daquelas inseridas por meio de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Em consequência, a tutela de urgência (cautelar ou antecipada) no processo eleitoral deve ser prestada apenas *mediante requerimento*, sendo vedada a sua concessão de ofício (arts. 295, 299, 303 e 305 do CPC/2015), permitida somente a modificação e a revogação de ofício (art. 296).

Ainda, a tutela de urgência – antecipada e cautelar – possui dois requisitos genéricos (art. 300): (a) a probabilidade do direito (*fumus boni*

⁵⁹ “O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais *quando não houver normas*, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão “subsidiária”, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob um outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata.” (WAMBIER, Ob. cit., 2015, p. 75).

iuris); e (b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Com a unificação da regulamentação das tutelas cautelar e antecipada como espécies da tutela de urgência, aplicam-se-lhes as normas sobre a prestação de *caução* (real ou fidejussória) como condição para o deferimento (art. 300, §1º), a realização de audiência de *justificação prévia* para a concessão liminar (art. 300, §2º), e a existência de um *requisito contrário* à concessão da tutela de urgência, consistente no perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, §3º).

As duas espécies de tutela de urgência (cautelar e antecipada) podem ser prestadas de forma antecedente ou incidental, mas não há um processo autônomo: o requerimento é apresentado na petição inicial, juntamente com o pedido de tutela definitiva, ou em petição posterior.

Excepcionalmente a tutela de urgência pode ser requerida isoladamente na petição inicial, mas posteriormente a parte autora deve aditá-la para inserir o pedido principal, nos mesmos autos. Nesta hipótese o novo CPC regulamenta a *estabilização da tutela antecipada* (art. 304), consistente na manutenção da eficácia da decisão que deferir a antecipação da tutela, independentemente de instrução posterior ou de sentença de mérito. Não havendo recurso, a decisão em cognição sumária se torna estável e o processo é extinto sem resolução do mérito, e eventual alteração só pode ser realizada em ação própria (ação de revisão, reforma ou invalidação), proposta pelo réu no prazo decadencial de 2 anos.

Outra novidade importante, e também incidente ao processo eleitoral, é a *responsabilidade civil objetiva* da parte beneficiada pela tutela de urgência (que for posteriormente revogada), pelos danos que causar à parte contrária (art. 302).

Por fim, a tutela provisória da evidência também será adotada no processo eleitoral na maior parte das hipóteses do art. 311. Assim, por exemplo, a prova documental suficiente das alegações de fato do autor contra a qual o réu não produzir prova que cause dúvida razoável, pode levar à efetivação da tutela da evidência antes da sentença, independentemente da demonstração de urgência. Em consequência, no processo eleitoral poderá ser concedida a tutela da evidência em ações de perda de mandato eletivo, cassação de diploma, rejeição de contas (entre outras), dispensada a prova de urgência.

9 Conclusões

O novo CPC unificou a regulamentação da tutela prestada de modo antecedente ou incidental nas fases de cognição e de execução do processo cível, por meio do *gênero tutela provisória*, que se divide nas *espécies tutela de urgência e tutela da evidência*.

Enquanto no CPC/73 a antecipação de tutela era uma técnica processual de concessão da tutela jurisdicional, efetivada por meio de provimento de natureza satisfativa, a tutela cautelar consistia em tutela jurisdicional preventiva, efetivada por meio de provimento de preservação.

O novo CPC modifica e unifica essa diferenciação, ao tratar a tutela provisória como técnica de concessão da tutela jurisdicional, com provimentos de natureza antecipada ou cautelar, antecedente ou incidente, estabelecendo um regime jurídico unificado para a tutela de urgência, subdividida em antecipada e cautelar (que podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental).

Consequentemente, o distanciamento de diversos Livros, Títulos, Capítulos, Seções, artigos, alíneas e parágrafos existentes no CPC de 1973 entre as tutelas antecipada (art. 273) e cautelar (art. 796 e seguintes) foi suprimido pelo novo Código, que os uniu no final da Parte Geral, com Título específico dentro do Livro V, destinado especificamente ao estabelecimento de suas regras, com algumas diferenças nos respectivos procedimentos.

Ainda: o novo CPC confere *total efetividade ao sincretismo processual*, tendo em vista que, a partir de sua entrada em vigor, as tutelas de cognição, cautelar e de execução serão prestadas em um só processo.

Entre as novidades na matéria, viu-se que a tutela de urgência não pode ser concedida de ofício, mas apenas mediante requerimento da parte, no entanto, por outro lado, pode ser revogada ou modificada de ofício. Também se destacam a estabilização da tutela antecipada, a responsabilidade civil *objetiva* da parte beneficiada pela tutela posteriormente revogada e, por fim, as principais características e hipóteses de concessão da tutela da evidência, concedida com base na prova do direito e independentemente de urgência.

Destacou-se, por fim, que as modificações promovidas pelo novo Código refletem sobre o direito eleitoral são aplicáveis a todos os processos em tramitação, ainda que iniciados antes de sua entrada em vigor.

Referências

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**. 4. ed. Barueri: Manole, 2004.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: RT, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. I. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo Talamini. **Curso avançado de processo civil**. v. 1. 13. ed. São Paulo: RT, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Oscar Valente Cardoso - Juiz Federal na 4ª Região. Doutorando em Direito (UFRGS). Mestre em Direito e Relações Internacionais (UFSC). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFE-SC).

A Possibilidade da Educação Jurídica numa Perspectiva Humanista

The Possibility of Legal Education with a Humanist Perspective

Sirlane Melo

Resumo: A sociedade atual revela tensões que apontam para uma crise de valores, de esperança, imersos na violência e com grande parte da população sem condições dignas de sobrevivência. No mundo jurídico atual, o das normas, não importa a realidade vivenciada, sentida e desejada pelos cidadãos. Recuperar o destinatário do Direito, é o que vêm procurando fazer as correntes humanistas do Direito. Repensar a educação jurídica e a aplicação da teoria do humanismo no seu contexto, a fim de verificar uma possibilidade para construção e efetivação da cidadania da população de baixa renda, é importante para que se possa não apenas formar bacharéis em direito, mas também e principalmente, operadores de direito conhecedores e comprometidos com a sociedade em que estão inseridos. É possível, através do ensino do direito, calcado num novo humanismo ocorrer mudanças concretas de forma a integrar-se no objetivo de construir uma realidade mais justa e digna.

Palavras-chave: Educação Jurídica. Humanismo. Acesso à Justiça e Cidadania.

Abstract: Today's society reveals tensions which signify a crisis of values and hope, immersed in violence and great part of the population has no decent conditions to survive. In the current legal world, the standard one, it does not matter the experienced, perceived and desired reality by citizens. Recovering the address of the law, it is what the humanist currents of law have been trying to do. Rethinking the legal education and how applying the humanism theory in its context, to check the possibility for building and activating citizenship of low income population, it is important not just to train law graduates, but also and especially, legal practitioners who are experts and committed to the society at all levels. It is possible, by the teaching of law, modelled on a new humanism to take place concrete changes in order to be integrated into the aim of making a fairer and more decent reality.

Keywords: Legal Education. Humanism. Access to Justice and Citizenship.

1 Introdução

As tensões sociais contemporâneas revelam uma crise de valores e de perspectiva de futuro. A violência onipresente e o grande número de pessoas sem condições dignas de sobrevivência pedem que o sistema jurídico deixe de ser um meio que não se preocupa com o fim, que vá além do formalismo das normas, voltando-se para o homem e seus anseios. Assim, as correntes humanistas do Direito dedicam-se à valorização daquele a quem a ciência jurídica se destina, ou deveria se destinar: o ser humano.

Repensar o sistema jurídico passa necessariamente pelo âmbito da educação jurídica em todas as suas dimensões. As diferenças sociais e os ataques constantes à dignidade da pessoa humana relativizam o conceito e a prática da cidadania. Assim, o compromisso da educação jurídica não deve ser meramente com a exegese e a reprodução das normas, mas com a formação de bacharéis conscientes de que um novo humanismo pode interferir de modo efetivo na construção de uma realidade mais justa e digna. A educação jurídica implica, pois, no avanço do ensino jurídico de meramente informador para a educação jurídica que informa e forma.

Este artigo inicia-se com um breve resgate histórico do humanismo ocidental, a fim de reunir elementos de compreensão do momento atual. Após, faz-se algumas considerações sobre os conceitos de humanismo, cidadania e acesso à justiça, para concluir com um olhar sobre o potencial transformador do humanismo aplicado à educação jurídica, como forma de vincular os futuros operadores do Direito a uma prática jurídica garantidora dos direitos fundamentais.

2 O Moderno Discurso da Cidadania

Para obter consenso e coesão social, o Estado liberal utiliza-se de mediações conceituais, tais como nação, povo e a formatação do discurso da cidadania. Este quadro de construção histórica foi analisado por T.H. Marshall dentro de uma específica experiência nacional, a inglesa, e acabou por se tornar um modelo paradigmático e ponto de partida para todos aqueles que enfrentam a temática da cidadania.

Segundo Marshall (1977) ¹, a cidadania seria composta dos direitos civis e políticos – direitos de primeira e segunda gerações, e dos direitos sociais, direitos de terceira geração. Os direitos civis, conquistados no século XVIII, correspondem aos direitos individuais de liberdade, igualdade, propriedade, de locomoção, à vida e à segurança. São os direitos que dão embasamento à concepção liberal clássica. Já os direitos políticos, alcançados no século XIX, dizem respeito à liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, à participação política e eleitoral, ao sufrágio universal etc.. “São também chamados direitos individuais exercidos coletivamente e acabaram incorporando-se à tradição liberal.” ²

Segundo Santos, os direitos sociais foram consagrados no século XX como resultado das lutas contra as desigualdades econômicas ³:

Os direitos civis correspondem ao primeiro momento do desenvolvimento da cidadania, são os mais universais em termos da base social que atingem e apoiam-se nas instituições do direito moderno e do sistema judicial que o aplica. Os direitos políticos são mais tardios e de universalização mais difícil e traduzem-se institucionalmente nos parlamentos, nos sistemas eleitorais e nos sistemas políticos em geral. Por último, os direitos sociais só se desenvolvem no nosso século (XX) e, com plenitude, só depois da Segunda Guerra Mundial; têm como referências sociais as classes trabalhadores e são aplicados através de múltiplas instituições que, no conjunto, constituem o Estado Providência. (SANTOS, 1996, p. 120).

Embora didática, é importante ressaltar que a classificação geracional dos direitos, transposta para a realidade dos países periféricos, serviu para justificar e camuflar intenções políticas autoritárias. Como aponta Trindade ⁴, “quantos governos, a pretexto de buscarem a reali-

¹ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 56-109.

² ANDRADE, Vera Regina P. de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 124.

³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1996. p. 120.

⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *América latina hoje*. Entrevista com o autor. Proposta. p.48.

zação progressiva de certos direitos econômicos e sociais em um futuro indeterminado, violaram sistematicamente os direitos civis e políticos.”. Por outro lado, continua ⁵, “quantos governos têm buscado se escudar nas conquistas dos direitos civis e políticos para negar a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais.”. E conclui o autor, “para que os direitos continuem a expandir-se e a fortalecer-se impõe-se uma visão necessariamente integral dos direitos humanos a abarcar todos os domínios da atividade humana (o civil, o político, o econômico, o social e o cultural).”.⁶

Percebe-se, pois, a crise da concepção liberal da cidadania, que na teoria constitucional moderna via o cidadão como o indivíduo que tinha vínculo jurídico com o Estado (nacionalidade) e era portador de direitos e deveres fixados por uma constituição (legitimidade). Os cidadãos, nesta concepção, são livres e iguais perante à lei, mas opera-se, segundo Andrade ⁷, uma separação entre o homem e o cidadão que tem:

como pressuposto, outra dicotomia estrutural do liberalismo que é a separação Estado/sociedade civil (arcabouço institucional e discursivo do Estado de Direito capitalista), segundo o qual o Estado é identificado com o espaço público, ou seja, com o lugar do poder e da política e a sociedade civil identificada com o espaço privado da vida, a saber, com o lugar da economia ou das relações econômicas (mercado) e domésticas. (ANDRADE, 1988, p. 123-134).

Este conceito de cidadania tem sido rediscutido a partir da necessidade de transpor a concepção meramente formal associada à democracia representativa (votar e ser votado) para uma concepção que incorpore as necessidades humanas fundamentais, ou seja, uma perspectiva material da cidadania e uma democracia participativa. Cidadania não é apenas uma relação entre o Estado/sujeito, mas sim uma relação entre sujeito/sujeito, possibilitada e facilitada pelo Estado.

Por outro lado, há o surgimento da cidadania associada ao terceiro setor e à sociedade civil, na qual a participação “tende a ser mais

⁵ *Idem.*, *ibidem*, p.48

⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 48

⁷ ANDRADE, Vera Regina P. *Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania*. In: Reinaldo Pereira e Silva.(Org.) *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo, 1988, p.123-134.

social e construída sobre redefinidas solidariedades e sobre temas mais pontuais.”⁸ (DELGADO, 1998, p. 144). Isto identifica-se “com a mobilização social unificada do processo que se fazia desde uma perspectiva política estatista homogeneizadora e centralizada, senão que pode ser adequada para amplos setores, como consciência de novos direitos para uns e de protestos contra exclusão para outros.”⁹. Percebe-se, “uma orientação pelo controle e pela distribuição, para uma participação cidadã em movimentos temáticos e temas de qualidade de vida.”¹⁰.

É dentro dessa perspectiva que se resgata o conceito de dignidade humana e a proteção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira, para estabelecer-se uma relação entre o Direito e a Justiça, tendo como eixo o humanismo e a busca do acesso à justiça como um dos direitos primordiais para a realização de uma cidadania plena.

Compreende-se, assim, a preocupação com a construção democrática vista como um processo incessante dos sujeitos do Direito e da cidadania. Neste contexto, coloca-se a Justiça Social como parâmetro fundamental de aferição da legitimidade de um Estado de Direito.

3 Acesso à Justiça

A questão do acesso à justiça, a partir da Constituição Brasileira de 1988, tem sido alvo de várias críticas por parte de operadores do direito e de estudiosos que buscam minorar os obstáculos formais e operacionais aos grupos sociais mais vulneráveis, e que buscam a materialidade de seus direitos fundamentais.

Entre esses estudos, merece destaque a obra *Acesso à Justiça* de Cappelletti e Garth¹¹ (1988). Os autores localizaram as tendências históricas sobre os diversos enfoques acerca do tema sobre o acesso à Justiça, percebendo um processo de mudança a respeito do conceito de acesso à Justiça, migrando de uma visão mais formalista e individualista (tipica-

⁸ DELGADO, Daniel Garcia. *Estado nación y globalización*. Buenos Aires:Ariel, 1998, p. 144.

⁹ *Idem. Ibidem*, p.145

¹⁰ *Idem. Ibidem.*,p.146

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1988, p.12.

mente do século XVIII) para uma noção de efetividade e de importância social do direito ao acesso à Justiça.

O destaque principal dado à evolução do conceito de acesso à Justiça está no fato de que aquele, antes meramente formal e voltado para direitos individuais, em momento específico, passou a ser ressignificado em sentido substancial, passando a ser considerado como o mais básico dos direitos humanos.

A evolução econômica da sociedade ocidental, depois da Revolução Industrial, cuja estrutura está centrada no capitalismo, gerou uma série de situações de desigualdades (com destaque aos seus aspectos trabalhistas). As relações sociais ficaram expostas a desequilíbrios, principalmente no que tange à relação trabalho-capital. Neste sentido, maior grau de acesso à justiça pode ser considerado como um dos mais significativos instrumentos de resistência às injustiças social, econômica e política.

Conforme Carneiro ¹²,

Estamos no Estado social, o estado intervém visando a assegurar não mais aquela igualdade puramente formal, utópica, concebida pelo liberalismo, mas a procura de uma igualdade material, permitindo que os mais desfavorecidos tivessem acesso à escola, à cultura, à saúde, à participação, àquilo que já se sustentava no passado, a felicidade. (CARNEIRO, 1999, p. 21).

Para que isso se efetive, Carneiro (1999) ¹³ enfatiza que o “importante é que os direitos que promanam da liberdade e da igualdade, como a cidadania, a saúde, a educação, a informação, possam, na prática, ser alcançados, e exigidos de quem está obrigado a fornecê-los.”

Dessa forma, ao Poder Judiciário compete a responsabilidade de proteger, efetivamente, os direitos individuais e coletivos. Entende-se que o caminho proposto pelo acesso à justiça necessariamente desemboca em formas efetivas de justiça para a população em geral, mas visando, basilarmente, contribuir para o impedimento das desigualdades sociais.

¹² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.21.

¹³ *Idem*, *Ibidem*, p.25

Para compreensão do significado do acesso à justiça, buscam-se os ensinamentos de alguns que o conceituam, como Sanches (1987)¹⁴ que afirma: “toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, deve ter acesso à Justiça, ou seja, a possibilidade de obter prestação jurisdicional do Estado, imparcial, rápida, eficaz, eficiente e barata.”. O autor enfatiza que o acesso deve proporcionar, com a maior rapidez e imparcialidade possível, a solução do conflito de forma eficiente e a baixo custo, caso contrário o acesso à justiça torna-se praticamente inatingível e problemático.

Rodrigues¹⁵ enfatiza com propriedade o tema, ao afirmar que

Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro, é também evidente que não se pode afastar a ideia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário. Os outros direitos, em última instância, dependem desse acesso sempre que não forem respeitados; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente. Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais ou privados. Mas é fundamental perceber-se que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de um instrumento legítimo, através do qual possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação da sociedade. Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo. (RODRIGUES, 1994, p. 29).

O ponto crucial do acesso à justiça é exatamente viabilizar à população que o busca, não somente a solução do conflito, mas também o esclarecimento de seus direitos, como cidadãos. Watanabe (1988)¹⁶ afirma que a “problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”.

¹⁴ SANCHES, Sydney. *Acesso à justiça*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 621, jul. 1987, p. 266

¹⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 29.

¹⁶ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo (coords.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

Para Cappelletti (1988) ¹⁷ “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”.

E é a partir disso e da constatação de como se organiza e constrói a sociedade, que se fala em “assistência jurídica integral e gratuita”. Há que refletir, porém, sobre o tipo de acesso à justiça que as pessoas estão tendo, especialmente as excluídas, muitas vezes semianalfabetas, que acorrem ao Judiciário.

No que se refere à assistência judiciária, é possível retomar os ensinamentos de Watanabe (1987) ¹⁸ quando coloca que a expressão “assistência judiciária” pode ser entendida em várias acepções, explicando duas delas: uma no sentido restrito e outra no sentido amplo.

Na acepção restrita significa assistência técnica prestada por profissional legalmente habilitado, que é o advogado em juízo. Quando muito, assistência prestada na fase pré processual, mas sempre com vistas a uma demanda e à pessoa com conflito de interesse determinado. Na acepção ampla tem o sentido de assistência jurídica em juízo e fora dele, com ou sem conflito específico, abrangendo, inclusive, serviço de informação e de orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa e, eventualmente, sua modificação e, inclusive, revogação. Mais adequado seria chamar-se serviço de semelhante amplitude de “assistência jurídica”, ao invés de “assistência judiciária”. (WATANABE, 1987, p. 250).

Nesse sentido, por ser essa uma questão inquietante e por ter claro que a assistência jurídica aos carentes envolve mais do que o acionamento do poder judiciário, mas também assessoria preventiva e extrajudicial, é que se pretende estudar a aplicação da teoria humanista latina na educação jurídica, como forma de conscientizar os futuros operadores do direito para atuarem de modo a contemplar e preservar a garantia

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre. Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

¹⁸ WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 617, mar. 1987, p. 250.

constitucional do acesso à justiça para todos, auxiliando na edificação da cidadania da população de baixa renda.

Buscar o resgate, ou implantar mecanismos no sentido de fazer valer os direitos do cidadão, com o efetivo acesso à justiça, envolve não só os cursos de Direito. É tarefa que ultrapassa a academia e atinge toda a sociedade, pois é evidente que há um descompasso entre o ideal e o real no ensino do Direito e o que se espera dele.

A partir da concepção ampla de acesso à justiça, os cursos de Direito deixam de ter apenas a função de formar profissionais habilitados para representar seus clientes no foro em geral, e precisam contribuir de maneira significativa para a construção de uma ordem jurídica e social mais justa e focada na dignidade da pessoa humana, comprometidos, portanto, com a díade informação e formação.

Os profissionais do futuro deverão estar aptos a lidar com as necessidades da população. Antigas práticas pedagógicas necessitam ser revistas. A atuação do docente precisa de novos enfoques, redefinindo o ensino superior de modo geral e a educação jurídica em particular. O ensino é o reflexo do profissional de amanhã.

Considerando, ainda, que o curso de Direito tem deveres éticos para com a sociedade, cabe aos operadores do Direito atuar eticamente, além de proporem alternativas para reflexão sobre o curso e a sua verdadeira função na sociedade.

A relação existente entre a universidade e a sociedade não pode ser abstrata. O que se constata, quando há referência à educação do Direito, é que esta relação está se concretizando nos estágios e naquilo que eles proporcionam à comunidade. Porém, esta atuação na sociedade deve ser mais ampla e contínua; para isso é possível afirmar que a educação humanista no curso de Direito deve ser enfatizada e orientada por professores e demais funcionários que lá desenvolvem suas atividades, pois acredita-se que devam estar preocupados com o ser humano em sua integralidade.

É necessário (re)analisar o paradigma do ensino jurídico, seu formalismo e tecnicismo. Depara-se, neste início de século XXI, com uma nova sociedade que clama por um novo direito. Assim, por entender ser função também da universidade a transformação da sociedade, há necessidade de formar profissionais que compreendam e que lutem pelo exercício da cidadania, fazendo com que a Justiça efetivamente se materialize.

4 Humanismo e Educação Jurídica

Uma reflexão sobre o humanismo importa necessariamente em breve resumo histórico de sua trajetória. Os alicerces do humanismo estão impregnados pela filosofia pré-socrática, assim conhecida porque antecedeu aos filósofos gregos Sócrates e seus discípulos, Platão e Aristóteles. Esse período pode ser melhor denominado conhecimento mítico, primitivo ou vulgar. “Filósofo” era classificado como aquele que persegue o conhecer, o saber. O homem estava envolvido com forças misteriosas, nas quais as divindades dominam a vida do homem, não conseguindo determinar-se com segurança.¹⁹

Num segundo momento, tem-se a Filosofia Ática, sendo a Grécia o centro de seu desenvolvimento. Nesse momento temos Sócrates, Platão e Aristóteles como figuras a sustentar o ápice na evolução da filosofia. Já tendo o problema humano como foco, tem-se ainda a natureza, a moralidade, o Estado, o espírito e a alma. As divindades, neste momento histórico, eram absolutas. O que leva ao próximo período chamado de “cosmológico”, onde a natureza física e o universo eram o centro do interesse. A ideia do homem não era ainda o ponto central, mas a realidade cósmica em seus princípios.

No século V, inicia-se nova fase da filosofia na Grécia. Caracteriza-se este momento pela volta do homem sobre si mesmo, sobre sua vida e a finitude dela. Enfatiza Oliveira (2006)²⁰, “o homem se dá conta de que tem que fazer questão de quem ele é.”. Há nesse caminhar histórico uma mudança de preocupações dos pensadores da época, passando do naturalismo dos pré-socráticos ao humanismo, ao qual se dedicaram os sofistas.²¹

A sofística, de cuja doutrina se originou os sofistas, é conforme Vilela (1965)²², “o conjunto de doutrinas, métodos e atitudes intelectuais daqueles pensadores gregos da época socrática.”. Os sofistas provocaram discussões e reflexões sobre o homem – o homem no mundo e o homem

¹⁹ Sobre este período pré-socrático, ver OLIVEIRA, Odete Maria. *Conceito de homem: mais humanista, mais transpessoal*. Ijuí:Unijuí, 2006, p. 39 -42.

²⁰ Op.cit., p. 54

²¹ Sofistas eram sábios e não filósofos que vendiam sua cultura como instrumento de formação do homem. Ver mais em OLIVEIRA, Odete Maria, op. Cit., p. 54-55.

²² VILELA, Orlando. *Iniciação filosófica*. 2ª ed. São Paulo: Dominus editora, 1965, p. 29

pelo homem, as doutrinas sociais, o direito, a oratória, a literatura – de forma realista, sem idealismos, que afetaram significativamente a filosofia grega.

O sofista Pitagóras afirmou que “o homem é a medida de todas as coisas”²³, sendo esta afirmação considerada um marco dos problemas humanos tão discutidos pelos sofistas. Resume Tobeñas (1962)²⁴ o pensamento dos sofistas de que “o homem é o protagonista, considerado como centro do mundo, não mais como parte de um todo natural que lhe sobrepõe e domina”.

Em seguida tem-se o período histórico, no qual surge a religião, o cristianismo. Ressalta Oliveira (2006)²⁵ que “diante das doutrinas filosóficas já abordadas, apresenta uma visão singular do homem, do mundo e dos humanismos”, tendo como característica própria seu espírito de especial valorização do homem em todos níveis e com proteção aos marginalizados da sociedade, ou seja, os pobres, prostitutas e pescadores. Até então, alude Nogare (1994)²⁶ “essas pessoas não valiam nada.[...] Essas criaturas passaram a ser tratadas como pessoas, [...] em virtude do reconhecimento explícito de que todos são homens iguais diante de Deus e, portanto, têm os mesmos direitos fundamentais.”.

Assim, poder-se-ia afirmar que o humanismo adquire consistência com a concepção cristã de que o homem é um ser superior no mundo. Com o renascimento, o humanismo adquire novas formas, não sendo completamente exato afirmar, conforme Tobeñas (1962)²⁷, “ser o humanismo um produto do renascimento e que este trouxe consigo o descobrimento do homem individual. [...] Foi Santo Agostinho o verdadeiro descobridor da personalidade humana e o forjador do humanismo filosófico em sua espécie teocêntrica.”.

Nesta visão rápida da trajetória histórica do humanismo, adentra-se, então, no humanismo moderno, tendo como característica o antropocêntrico, ou seja, o homem como centro do mundo. Tarefa por demais

²³ Idem., op. cit., p.78.

²⁴ TOBEÑAS, José Castan. *Humanismo y derecho*. Madri: Ed.Instituto Editorial Reus, 1962, p. 20

²⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 40.

²⁶ NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismos e anti-humanismos*: introdução à antropologia filosófica. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 44.

²⁷ TOBEÑAS op.cit., p. 130.

difícil, uma vez que existem várias significações e diversas espécies de humanismos, como enfatiza Wolkmer (2003) ²⁸ sobre a pluralidade de humanismos existentes: greco-romano, renascentista, burguês individualista, cristão, existencialista, marxista e tantos outros.

Depreende-se, do até aqui colocado, que o humanismo é essencialmente o valor e a dignidade do homem, sendo considerado uma filosofia, uma doutrina ou até mesmo um projeto.

Suas características são arroladas por Caporale (2000) ²⁹ como: “a) eleger o ser humano como valor central; b) afirmar a igualdade de todos os seres humanos; c) reconhecer e considerar a diversidade (pessoal e cultural); d) valorizar a liberdade de idéias e crenças; e) desenvolver uma consciência que transcende a verdade absoluta, e f) repudiar toda e qualquer violência.”.

O humanismo formal, metafísico que, como se sabe, tem sua gênese do humanismo moderno, há de ser redimensionado no contexto histórico social, dando efetividade prática em favor da dignidade humana. O humanismo que se pretende tratar, neste trabalho, refere-se ao humanismo concreto e pós-metafísico. Um humanismo que seja prático e que de fato atinja o vivenciar das pessoas como cidadãos, e não apenas formal, sendo desta forma distante e inatingível pelas pessoas que fazem parte da sociedade atual. Esse é nosso entendimento de um humanismo para o século XXI.

Para Paviani (2000) ³⁰ “o conceito de humanismo pressupõe uma concepção do humano como centro da vida, das relações de produção e de comunicação, das relações entre os indivíduos e as sociedades.”. Por outro lado, “não se trata apenas do humano como valor, mas do humano como realidade ético-ontológica. O humano não é um adjetivo, uma qualidade, mas o modo fundamental de existir no mundo.” ³¹.

²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. *Humanismo e cultura Jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p.21.

²⁹ CAPORALE, Rocco. Algumas reflexões críticas sobre o conceito de humanismo. In: PAVIANI, J. e DAL RI JR.,A. *Globalização e humanismo latino*. Porto Alegre:Edipuc Cassamarca, 2000., p. 20.

³⁰ PAVIANI, Jayme. O humanismo latino no processo de globalização. In: PAVIANI, Jayme e DAL RI JR, Arno (Orgs.) *Globalização e humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.26-27.

³¹ *Idem*, p. 27.

Na mesma perspectiva, mas já no âmbito do direito, outros autores ³² se propuseram a interpelar o direito a partir do humanismo. Procurar operacionalizar uma prática e uma elaboração teórica estimuladora da ruptura com a tradição legalista é um desafio para o humanismo que se almeja (concreto, prático, real). Entende-se possível, a partir dessa prática, pautar a educação jurídica por uma visão humanista, vinculada na transformação social, de modo a atender às necessidades humanas fundamentais.

O ensino superior de modo geral, e a educação jurídica em particular, podem ser elos entre a educação e a cidadania. Esta é uma das formas essenciais para que a dignidade da pessoa humana não seja apenas promessa constitucional, mas realidade. Como salientou De Polli (2000) ³³, neste contexto, também urge “pensar numa universidade que retorne a falar à sociedade, que não seja somente um espaço de erudição ou de produção de diplomas e títulos formais para inserção na vida social.”.

A matriz da formação dos operadores jurídicos, ou seja, aqueles que irão ensinar e operar o direito, está, por óbvio, na universidade, a qual deveria atuar como previsto na Declaração Mundial sobre Educação Superior no século XXI:

- a) preservar e desenvolver suas funções fundamentais, submetendo todas as suas atividades às exigências da ética e do rigor científico e intelectual;
- b) poder opinar em problemas éticos, culturais e sociais de forma completamente independente e com consciência plena de suas responsabilidades, por exercerem um tipo de autoridade intelectual que a sociedade necessita, para assim ajudá-la a refletir, compreender e agir;
- c) ampliar suas funções críticas e prospectivas mediante uma análise permanente das novas tendências sociais, econômicas, cultu-

³² DAL RI JUNIOR, Arno. O humanismo jurídico segundo Friederich Karl Von Savigny. PAVIANI, Jayme. DAL RI JUNIOR. Arno (Orgs.). *Humanismo latino no Brasil hoje*. Belo Horizonte: PUCMinas, 2001. p. 150-167; WOLKMER, Antonio Carlos. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 19-40; DE LA TORRE RANGEL. Jesus Antonio. *Jusnaturalismo histórico analógico*. Espanha (no prelo).

³³ DE POLI, Dino. Prefácio. In: PAVIANI, J. e DAL RI R., A. (Orgs.). *Globalização e humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS/Cassamarca, 2000, p.13.

- rais e políticas, atuando assim como uma referência para a previsão, alerta e prevenção;
- d) utilizar sua capacidade intelectual e prestígio moral para defender e difundir ativamente os valores aceitos universalmente, particularmente a paz, a justiça, a liberdade igualdade e solidariedade[...];
- e) desfrutar de liberdade acadêmica e autonomia plenas, vistas como um conjunto de direitos e obrigações, sendo simultaneamente responsáveis com a sociedade e prestando contas à mesma;
- f) desempenhar seu papel na identificação e tratamento dos problemas que afetam o bem-estar das comunidades, nações e sociedade global.³⁴ (UNESCO, 1999, p. 33).

Sendo assim, as instituições de educação jurídica de modo geral, e os cursos de direito em particular, precisam reconhecer que atuam na e com a sociedade. Ou melhor, são instituições sociais, com ações e práticas sociais. Para Chauí (2003)³⁵, “a universidade é uma instituição social e como tal exprime, de maneira determinada, a estrutura e o modo de funcionamento da sociedade.”.

Diante dessa afirmação, é importante lembrar o que Dias³⁶ assevera

a educação superior deve se esforçar para adaptar-se permanentemente às mudanças da sociedade que está continuamente em transição. Mudanças permanentes, significam crises permanentes[...]. A verdade é que na vida das sociedades a instabilidade é a regra, a estabilidade é a exceção. (DIAS, 1999, p. 62).

Os cursos de direito, dado à complexidade do mundo atual, por fazerem parte do universo da educação superior, precisam perceber que podem, através da sua competência técnica, propor a solução para os

³⁴ UNESCO. *Tendências da Educação Superior para o Século XXI*. Brasília: UNESCO/CRUB, 1999, p.33.

³⁵ CHAUI, Marilena. *Universidade: Organização ou instituição social*. UNESCO: *A Universidade na encruzilhada* - seminário universidade: por que e como reformar. Brasília: UNESCO/SESU/MEC, 2003, p. 67.

³⁶ DIAS, Marco Antônio Rodrigues. Políticas para o Ensino Superior a partir da Conferência de Paris. In: *Universidade e Sociedade*. Ano IX, n. 18, março de 1999, p. 62.

problemas dentro de enfoque interdisciplinar. Para tanto, acompanhando a ideia de Morin (2000) ³⁷ é imprescindível

promover grande remembramento dos conhecimentos oriundos das ciências naturais, a fim de situar a condição humana no mundo, dos conhecimentos derivados das ciências humanas para colocar em evidência a multidimensionalidade e a complexidade humana, bem como integrar a contribuição inestimável das humanidades, não somente a filosofia e a história, mas também a literatura, a poesia[...]. (MORIN, 2000, p. 48).

Por outro lado, cabe à educação do futuro cuidar para que a ideia de unidade da espécie humana não apague a idéia de diversidade, e que a diversidade não apague a da unidade.

O ensino do direito deve pautar-se na compreensão entre as pessoas como condição e garantia da solidariedade intelectual e moral da humanidade, e para compreender, além de comunicar e explicar, é preciso pautar-se na ética da alteridade. Para isso, a empatia deve ser trabalhada, “a compreensão pede abertura, simpatia e generosidade. Essa é a ética da compreensão que tem por conceito, a arte de viver que nos demanda em primeiro lugar, compreender de modo desinteressado [...] compreender a incompreensão.” ³⁸.

Dentro dessa perspectiva antropológica, e entendendo que indivíduo e sociedade coexistem, a democracia deve ser ensinada por ser o instrumento produtor e produto dos cidadãos no momento de sua interatividade.

Com esse novo olhar, a Resolução nº 09/2004 do Conselho Nacional de Educação, a qual fixa as diretrizes curriculares para o curso de Direito, precisa ser (re)interpretada. Urge que o aprendizado técnico mencionado na referida resolução se volte para o compromisso que a universidade pode assumir com a sociedade, com a dignidade do ser humano no contexto onde está inserida, preocupando-se para que o futuro profissional esteja engajado e possa responder às expectativas da sociedade.

³⁷ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000, p. 48.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 95.

Fagundes ³⁹ enfatiza que

Fica difícil entender a existência de uma Universidade desprovida de qualquer compromisso social. Qual a razão ou o suporte de Universidade que não serve ou não interessa a ninguém? A afirmação de que a Universidade é descompromissada e desinteressada contribui exatamente, para ocultar os reais compromissos e interesses a que ela serve. (FAGUNDES, 1983, p. 160).

O curso de Direito pode intervir na vida das pessoas, através de suas várias vertentes, individual e coletivamente, tornando o acesso à justiça efetivo e qualitativo, transformando, assim, a sociedade na qual está inserido. Para tanto, o Direito necessita estar voltado para uma visão ética humanista, sendo canal de transformação social com vistas à dignidade da pessoa humana.

Com propriedade enfatiza Wolkmer ⁴⁰

Ganha sentido, assim, articular e operacionalizar um projeto de cunho humanista no Direito, ainda que se reconheçam as dificuldades de sua elaboração teórica e efetividade prática. Certamente que uma filosofia jurídica humanista, estimuladora da ruptura com a tradição legalista idealizadora e com o viés tecno-formalista (fundados em falsos humanismos) não deve assumir um traço destrutivo, mas se impõe e adquire legitimidade, numa sociedade de exclusão, injustiças e desigualdade. (WOLKER, 2003, p. 4).

A promoção da justiça social, amplamente discutida pelos constituintes de 1988, ainda é promessa. As desigualdades individuais, regionais e globais, somadas à exclusão e à injustiça social, são gritantes. O reconhecimento do indivíduo, enquanto cidadão, ainda não se concretizou. A dignidade do ser humano, em pleno século XXI, ainda está atrofiada. É necessária uma ação prática da política que não objetive somente o desenvolvimento econômico, mas a busca incessante da felicidade do ser humano.

³⁹ FAGUNDES, J. *Universidade e compromisso social*. Campinas: Unicamp, 1983, p.160.

⁴⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. (org.). *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 4.

Neste contexto, urge repensar e redimensionar o ensino do direito, com alicerces humanistas. Discutir o humanismo como uma forma de mudar o ensino. Uma das maneiras mais visíveis seria inserir disciplinas que promovam os valores humanos na estrutura curricular do curso de Direito; e também, reformulando métodos de ensino aprendizagem, capacitando efetivamente os docentes de forma que o comprometimento entre discentes, docentes e coordenação do curso caminhem juntos, e neste caminhar olhem para a mesma direção. Este é o desafio.

Assim, no magistério de Wolkmer ⁴¹

Faz-se necessário, portanto, transpor a filosofia jurídica embasada em um humanismo atrofiado e resgatar os valores do humanismo autêntico, calcado na ética e na alteridade, para servir de fundamentos a nova justiça ao novo Direito. É nessa perspectiva que podemos incorporar as reflexões humanistas, agora, numa perspectiva latino-américa, que nos remeta para a busca de uma noção compartilhada e geral da natureza humana, sem entendê-la de uma forma essencialmente a-histórica, mas como potencializadora de uma nova configuração social. (WOLKER, 2003, p. 4).

Diante desta nova perspectiva humanista, entende-se possível aplicá-la à educação jurídica com vistas ao acesso à justiça, proporcionado pelo curso de Direito, enfatizando seu papel transformador.

5 Considerações Finais

A importância de se estudar o educação jurídica e a aplicação da teoria do humanismo no seu contexto, a fim de verificar uma possibilidade para construção e efetivação da cidadania, reside na necessidade de se formar operadores de direito conhecedores e comprometidos com a sociedade na qual estão inseridos.

Muitos estudos sobre a educação jurídica já foram produzidos, porém, importante ressaltar, que se faz necessário um estudo apurado sobre suas características e sobre os resultados a que se propõem, bem como se tais cursos, ao adotarem o humanismo como essência de sua estrutura, podem atender às demandas sociais nas quais estão inseridos.

⁴¹ WOLKMER, 2003, p.04.

Considerando que o discente do curso de direito tem capacidade de construir posturas, deixando de ser apenas mero espectador das transformações sociais, ele deve estar consciente e ser capaz de assumir novas posições, conhecendo seu papel e lutando pelo exercício da cidadania. Deve-se buscar instigar nesse ator social uma atividade positiva para integrar-se no objetivo de construir uma realidade mais justa, minimizando a exclusão hoje existente. Este processo passa necessariamente pela figura do docente do ensino superior, que não pode ficar atrelado à técnica profissional, mas entender e colocar em prática a sua função educativa.

Finalizando, o humanismo inserido efetivamente no ensino do direito, pode ser uma opção viável e concreta. Humanizando o futuro profissional do Direito pode-se fortalecer e fazer crescer uma corrente de sensibilidade e solidariedade no seio dos atores da sociedade, e, conseqüentemente, na estrutura jurisdicional do Estado.

Essa prática humanista identificará caminhos que criarão elos entre a educação, cidadania e dignidade humana. Esse caminhar da prática humanista levará à transformação da sociedade pelo viés da educação.

Referências

ANDRADE, Vera Regina P. de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre. Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPORALE, Rocco. “ Algumas Reflexões Críticas sobre o Conceito de Humanismo”. In: PAVIANI, J e DAL RI JR., A. (Orgs.). **Globalização e humanismo latino**. Porto Alegre:EDIPUCRS/Casamarca, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHAUÍ, Marilena. Universidade: Organização ou instituição social. UNESCO: **A Universidade na encruzilhada** - seminário universidade: por que e como reformar. Brasília: UNESCO/SESU/MEC, 2003.

DE LA TORRE RANGEL. Jesus Antonio. **Jusnaturalismo histórico analógico**. Espanha (no prelo).

DELGADO, Daniel Garcia. **Estado nación y globalización**. Buenos Aires: Aruel, 1998.

DE POLI, Dino. Prefácio. In: PAVIANI, J e DAL RI JR., A. (Orgs.). **Globalização e humanismo latino**. Porto Alegre: EDIPUCRS/Casamarca, 2000.

DIAS, Marco Antônio Rodrigues. Políticas para o Ensino Superior a partir da Conferência de Paris. In: **Universidade e Sociedade**. Ano IX, n. 18. março de 1999.

FAGUNDES, J. **Universidade e compromisso social**. Campinas: Unicamp, 1983.

HELD, David, MACGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). **Portaria 1886/94**. Fixa diretrizes para os cursos de direito. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br>> Acesso em: 25 maio 2004.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000.

NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismos e anti-humanismos**: introdução à antropologia filosófica. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

OLIVEIRA, Odete Maria. **Conceito de homem**: mais humanista, mais transpessoal. Ijuí: Unijuí, 2006.

PAVIANI, Jaime; DAL RI JUNIOR, Arno (orgs.). **Globalização e Humanismo Latino**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. **Humanismo Latino no Brasil hoje**. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2001.

PEET, Richard. Mapas do mundo no fim da história. In SANTOS, Milton e outros (orgs.) **Fim de século e globalização**. São Paulo: Hucitec, 1994.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANCHES, Sydney. **Acesso à justiça**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 621, jul. 1987.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1996.

TOBENÑAS, José Castan. **Humanismo y derecho**. Madri: Ed. Instituto Editorial Reus, 1962.

UNESCO. **Tendências da Educação Superior para o Século XXI**. Brasília: UNESCO/CRUB, 1999.

VILELA, Orlando. **Iniciação filosófica**. 2 ed. São Paulo: Dominus Editora, 1965.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo (coords.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 617, mar. 1987.

WOLKMER, Antônio Carlos. (org.). **Humanismo e cultura jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

Sirlane Melo - Advogada. Especialista em Direito. Mestre e Doutora em Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Professora Titular da disciplina de Estágio (Escritório Modelo de Assistência Jurídica - EMAJ) do Curso de Direito da Universidade do Planalto Catarinense - Uniplac.