

HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA
Organizadores



IV Congresso Mundial
de Justiça Constitucional

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

**Justiça Constitucional e os Direitos
Fundamentais de Terceira Dimensão**

VOLUME 3



DIALÉTICA
EDITORA



**ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL
DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
VOLUME 3**



DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

André Luís Vieira Elói

Bruno de Almeida Oliveira

Bruno Camilloto Arantes

Bruno Valverde Chahaira

Cintia Borges Ferreira Leal

Flavia Siqueira Cambraia

Frederico Menezes Breyner

Jean George Farias do Nascimento

José Carlos Trinca Zanetti

José Luiz Quadros de Magalhães

Leonardo Avelar Guimarães

Ligia Barroso Fabri

Luiz Carlos de Souza Auricchio

Marcelo Campos Galuppo

Marcos Vinício Chein Feres

Maria Walkiria de Faro C. G. Cabral

Marilene Gomes Durães

Rafael Alem Mello Ferreira

Rafael Vieira Figueredo Sapucaia

Rayane Araújo

Régis Willyan da Silva Andrade

Renata Furtado de Barros

Robson Araújo

Rogério Nery

Vitor Amaral Medrado

**HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA**
Organizadores



IV Congresso Mundial
de Justiça Constitucional

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

**Justiça Constitucional e os Direitos
Fundamentais de Terceira Dimensão**

VOLUME 3



Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2020 by Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Eduardo
Andrés Velandia Canosa.

Todos os direitos reservados

Capa: Giovana Acciarini
Diagramação: Giovana Acciarini

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532c Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional : justiça constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Eduardo Andrés Velandia Canosa. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
468 p. – (Coleção ; v. 3)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5877-453-2

1. Justiça Constitucional. 2. Direitos Fundamentais. 3. Terceira Dimensão. I. Dias, Handel Martins. II. Gavião Filho, Anizio Pires. III. Canosa, Eduardo Andrés Velandia. IV. Série.

CDD 323


CDU 342.7

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com



CONSELHO ADMINISTRATIVO
Fábio Roque Sbardello - Presidente
Luciano de Faria Brasil - Vice-Presidente
Gilberto Thums - Secretário
Alexandre Lipp João - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO
Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
Anizio Pires Gavião Filho

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL
Anizio Pires Gavião Filho
Fábio Roque Sbardello
Guilherme Tanger Jardim
Luis Augusto Stumpf Luz





ASSOCIAÇÃO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

COMITÊ EXECUTIVO

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Presidente

Patricio Maraniello
Vice-Presidente Geral

Luis-Andrés Cucarella Galiana
Vice-Presidente para a Europa

Nelson Arturo Ovalle Díaz
Vice-Presidente para a América Anglo-Saxônica

Vicente Fernández Fernández
Vice-Presidente para a América Central e América do Norte

Handel Martins Dias / Pablo Darío Villalba Bernié
Vice-Presidentes para a América do Sul

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Vice-Presidente de Pesquisa

René Moreno Alfonso
Secretário-Geral

Alinne Cardim Alves
Secretária-Adjunta

Diana Johanna Beltrán Grande
Tesoureira e Diretora Executiva



SUMÁRIO

CAPÍTULO VII - JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR | 13

LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL Y EL AMPARO DE LAS GARANTÍAS DE LOS CONSUMIDORES DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO A PARTIR DE LOS DOGMAS DE UN SISTEMA CONSTITUCIONAL | 15

- José López Oliva e Diego Cruz Mahecha

O DIREITO À INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 27

- Fernanda Nunes Barbosa e Camila Möllerke Santos

DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA, SU APLICACIÓN BAJO PERSPECTIVA DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL | 45

- Héctor Francisco Arévalo Fόμεque

OS COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E AS MEDIAÇÕES EXTRAJUDICIAIS PARA A REPARAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOS CONSUMIDORES LESADOS | 61

- Catharine Black Lipp João e Alexandre Lipp João

INTERVENCIONISMO E RELAÇÕES DE CONSUMO. LIMITES NECESSÁRIOS AO CONSUMIDOR PARA GARANTIR A SEGURANÇA E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA | 81

- Gerson de Barros Calatroia

A EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (PROCON'S) E A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO: JURISPRUDÊNCIAS ATUAIS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO PAÍS | 105

- Eclair Gonçalves Gomes e Célia Teresinha Manzan

PROTEÇÃO JURISDICIONAL DO CONSUMIDOR NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO | 127

- Alexandre Prevedello

A ESTRUTURA DO DIREITO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO | 153

- Felipe Cunha de Almeida

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR | 177

- Fernanda Nunes Barbosa

CAPÍTULO VIII - DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS | 179

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO | 181

- Raúl Yván Lozano Peralta

DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARA A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA | 195

- Over Humberto Serrano Suárez

ATIVISMO JUDICIAL E PAPEL SOCIAL DO JUIZ: O JUDICIÁRIO BRASILEIRO ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO | 215

- Antonio Celso Baeta Minhoto

O INCENTIVO A AUTOCOMPOSIÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA | 235

- Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto

(IN) SEGURANÇA PÚBLICA: A DESCONTINUIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS | 251

- Ademir Henz

GLOTOCÍDIO CULTURAL: O DEVER DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA COMUNIDADE TRADICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS | 277

- Rosa Elena Krause Berger e Adriano Sant'Ana Pedra

DA UTILIZAÇÃO DO GARANTISMO COMO FORMA DE FORTALECER OS DIREITOS SOCIAIS: A POLÍTICA PÚBLICA DO §5º, ARTIGO 40 DA LEI 8.666/93 COMO EXEMPLO | 315

- Adriano Sant'Ana Pedra e Paulo Henrique Resende Marques

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A TEORIA TRANSCONSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE ENTRELACEMENTO ENTRE ORDENS JURÍDICAS | 329

- Péricles Stehamnn Nunes e José Francisco Dias da Costa Lyra

O DIREITO DE TODOS SE TORNAREM SAUDÁVEL POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ADEQUADAS | 349

- Alinne Cardim Alves e Juliana Cristina Borcat

A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS POR UM MODELO ESTATAL INCLUSIVO: O ESTADO SOCIAL COMO ESTADO CONTEMPORÂNEO? | 369

- Isadora Ferreira Neves e Kelly de Souza Barbosa

TRANSGRESIÓN A LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LOS
ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS Y SUS
CONSECUENCIAS | 389

- Luis Antonio Corona Nakamura e Ana Lilia Iñiguez Contreras

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO
GARANTIA FUNDAMENTAL NO COMBATE AO *BULLYING*
ESCOLAR E *CYBERBULLYING* | 409

- Cassiane de Melo Fernandes e Renata Aparecida Follone

FAZER O BEM É LEGAL: A ATUAÇÃO VOLUNTÁRIA DE
UNIVERSITÁRIOS NO COMBATE À EXPLORAÇÃO INFANTIL
E NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES | 425


- Vanderlei Ferreira de Lima e Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: o Direito à felicidade
para além do mínimo existencial | 441

- Bianca Medran Moreira e Raquel Fabiana Lopes SapareMBERGER

RELATÓRIO DO PAINEL DIREITOS FUNDAMENTAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS | 461

- Caroline Müller Bitencourt

An aerial, grayscale photograph of a cityscape. In the foreground, there's a large, modern building with a prominent, curved, cantilevered section. The building is surrounded by lush green trees. In the background, a body of water is visible, with other city buildings and a hilly coastline under a cloudy sky. The overall tone is professional and architectural.

CAPÍTULO VII

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR



LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL Y EL AMPARO DE LAS GARANTÍAS DE LOS CONSUMIDORES DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO A PARTIR DE LOS DOGMAS DE UN SISTEMA CONSTITUCIONAL

JOSÉ LÓPEZ OLIVA¹
DIEGO CRUZ MAHECHA²

INTRODUCCIÓN

En el contexto actual, concretamente en el colombiano y el brasilero, se han presentado variadas transformaciones relacionadas con la salvaguarda de los derechos humanos de los individuos considerados de especial salvaguarda constitucional. Por un lado, la madre gestante, por ejemplo, tiene prioridad en la atención médica a cargo de un profesional experto y observante de los protocolos en salud, porque está a cargo de dos pacientes concretos: la mujer en estado de gestación y el no nacido, quienes demandan de una protección especial.

Por otro lado, el nacido enfermo o sano puede ser víctima directa de un daño antijurídico causado por un ente en salud privado o particular, que compromete su patrimonio por las acciones judiciales de responsabilidad civil contractual o extracontractual³, o de reparación directa por la falla en el servicio pertinente. Por esta razón, es de gran relevancia que el operador en salud contrate una póliza de seguro de responsabilidad que garantiza la protección del patrimonio del deudor de la obligación, y a la vez ampara el derecho a la indemnización integral de la víctima del evento adverso causado en la especialidad de ginecología y obstetricia.

Asimismo, el paciente o usuario del servicio médico es considerado el beneficiario del seguro de responsabilidad y también calificado como *consumidor* indirecto de la póliza de daños patrimoniales, que am-

1 Abogado, Doctor, Magíster, especialista, profesor e investigador de la Universidad Libre de Colombia. Miembro activo de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

2 Abogado, Doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Posdoctor en Epistemología, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de la Sabana, docente de la Universidad Libre de Colombia.

3 Barroso, Luis Roberto. *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014.

para un derecho humano y fundamental: la indemnización integral de los daños generadores de perjuicios causados por el victimario, es decir, el tomador y asegurado del contrato de seguro; tomador y asegurado que traslada el riesgo a una compañía de seguros, para salvaguardar sus bienes que pueden ser embargados en un proceso declarativo por el daño antijurídico ocasionado en la ejecución del contrato médico.

Finalmente, es importante señalar que este tipo de investigaciones con enfoque cualitativo, con la utilización del método hermenéutico crítico y las técnicas de revisión documental y la conversación con expertos permiten identificar el paso o traslación del *dogma* normativo al *digma* funcional; lo anterior, porque el citado *digma* constituye o resalta la protección de los derechos humanos de la gestante, del que está por nacer y del nacido sano o enfermo, puesto que, pese a las disposiciones normativas que protegen los derechos cardinales, estas reglas son limitadas, reducidas e ineficaces⁴.

Por consiguiente, el núcleo esencial de la protección o salvaguarda de la institución primaria del ser humano en gestación y su crianza o desarrollo está fundamentado en la dignidad humana y, en consecuencia, con todo el desarrollo constitucional y jurisprudencial que de este núcleo se desprende. Desarrollo que demanda el amparo de elevadas garantías como la indemnización integral de los daños causados, como muestra, en la prestación del servicio médico.

1 - LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

En la prestación del servicio médico a cargo de los especialistas en ginecología y obstetricia y de las entidades promotoras y prestadoras del contrato sanitario existen pacientes o usuarios considerados: sujetos de especial o primordial amparo convencional y constitucional. Es el caso de la madre o mujer en estado de gestación, el feto o nasciturus y el nacido enfermo o sano, considerados consumidores de productos o servicios médicos. Por consiguiente, toda la variedad de diagnósticos médicos y procedimientos realizados en la ejecución del contrato médico deben involucrar una conducta

4 Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998; Bernal, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición y primera y segunda reimpresión. 2005.

diligente, prudente y observante de los variados protocolos en salud a cargo de los responsables y encargados de la prestación en salud. De esta manera,

[...] la misma complejidad del acto médico exige la intervención de múltiples especialistas, lo que ha tenido por consecuencia una relajación o despersonalización de la relación entre el médico y el paciente. Estimulado por el natural aumento de la población, esta actividad profesional se distancia de la antigua relación de confianza con el médico de cabecera. Michel Foucault deploraba el hecho de que *somos únicamente clientes de la medicina*. El paciente, en la modernidad, aparece como un demandante de una prestación, un consumidor más bien anónimo de servicios médicos⁵.

Por consiguiente, al desconocerse los derechos humanos de los individuos de especial amparo convencional y constitucional y convencional son transgredidos los derechos esenciales del paciente; derechos representados en la dignidad humana, en la verdad, en la justicia y en la reparación integral de los daños causados por el prestador médico y la inobservancia de la praxis médica adecuada y prudente⁶. Lo anterior, debidamente estructurado en algunas organizaciones democráticas, como la colombiana y la brasilera.

Así las cosas, dentro de los criterios propios e irrenunciables que asumen estructuralmente las organizaciones democráticas, se establecen compromisos a través de la fórmula del Estado social de derecho; por ende, se encuentran edificadas una serie de instituciones y de garantías de índole convencional y constitucional, entendidas como un conjunto de deberes y obligaciones positivas y negativas de reconocimiento y prestación a cargo de la organización estatal. Estas obligaciones están íntimamente relacionadas con la promoción y protección de la dignidad humana⁷, por ejemplo, del paciente y del prestador en salud, es decir, de la protección del ser humano en sus distintas facetas y etapas⁸.

5 Tapia Rodríguez, Mauricio. *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*. Revista de derecho (Valdivia), 2003, vol. 15, p. 75-111.

6 Laurell Asa, Cristina. *Contradicciones en salud: sobre acumulación y legitimidad en los gobiernos neoliberales y sociales de derecho en América Latina*. Saúde em debate, 2014, vol. 38, p. 853-871.

7 Barros, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2007.

8 Melden A.I. *Los Derechos y las Personas*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México. 1977; Fernández, Mónica. *La responsabilidad médica: Problemas ac-*

1.1 - DEL DOGMA CONSTITUCIONAL AL DIGMA CONVENCIONAL FUNDAMENTADO EN LA DIGNIDAD DEL PACIENTE

Tal como se ha indicado hasta el momento la evolución del sistema jurídico ha llevado al reconocimiento de una serie de principios, en virtud de los cuales —incluso sin que la sociedad se percate de esta situación— se ha pasado de la posición forzada del dogma a la perspectiva del *digma*, en la cual los argumentos de contenido y pertinencia se fortalecen. Lo anterior, porque se demuestra la conveniencia material de lo normado que corresponde con la proyección real y material de los derechos constitucionales⁹, así este amparo se logre con el uso de los mecanismos pertinentes que permiten el control constitucional y a la vez convencional.

2 - LOS INDIVIDUOS DE PROTECCIÓN ESPECIAL POR EL DERECHO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL EN SU CONDICIÓN DE VÍCTIMAS Y BENEFICIARIOS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD

A través del seguro de daños patrimoniales, concretamente, del de responsabilidad por los daños causados al paciente se amparan dos derechos cardinales: el amparo de los derechos humanos —incluido el de reparación integral— del paciente, y la salvaguarda del patrimonio del prestador médico en su condición de tomador-asegurado de la póliza. El citado paciente y víctima del daño antijurídico es considerado el beneficiario de la póliza, es decir, el consumidor indirecto de un producto que está regulado por el Estado, principalmente, porque en la prestación del servicio médico se involucran los derechos humanos del paciente que se ve implicado en un sinnúmero de fenómenos sociales. En este sentido, el profesor Mauricio Tapia manifiesta lo siguiente:

Como ocurre usualmente con los fenómenos sociales, una reacción conduce progresivamente a los usuarios de los servicios de salud a efectuar una reivindicación del respeto de su dignidad en

tuales. Bogotá. Editorial: Ibañez. 2008.

9 Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial tomo I*. Editorial biblioteca jurídica Dike, Bogotá, 2011; Bernal, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición y primera y segunda reimpresión. 2005.

los tratamientos médicos a que son sometidos. Por ello, y dejado atrás el paternalismo, o esa visión decimonónica en que el paciente debía al médico un respeto reverencial fundado en una especie de mágico conocimiento de la *lex artis*, el creciente acceso a la información acerca de su estado conduce a las víctimas a no vacilar en accionar contra los médicos, produciéndose una especie de emancipación cívica del paciente¹⁰.

El paciente, es decir, el beneficiario de la póliza de responsabilidad civil o estatal y consumidor indirecto de un producto, se reitera, garantiza el pago de la indemnización integral de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados al paciente en la práctica en salud; por una parte, los perjuicios patrimoniales están representados en el daño emergente y en el lucro cesante; por otra parte, el pago de los perjuicios extrapatrimoniales o inmateriales donde su establecimiento depende del agente que ocasiona el daño, es decir, si el prestador del servicio médico es privado o público.

2.1 - LOS PERJUICIOS INMATERIALES CAUSADOS POR UN PARTICULAR O EL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

En este último caso, los perjuicios extrapatrimoniales se clasifican en morales, a la salud o los perjuicios causados a los bienes o derechos constitucionales y convencionalmente amparados por mandatos de índole local e internacional. Por consiguiente, se pueden vislumbrar mandatos constitucionales y convencionales que tienen íntima relación con la protección a la maternidad, a la infancia, a la niñez, a la adolescencia, a la vejez, y a la familia¹¹, entre otras instituciones; estos mandatos se han convertido en fuentes primarias del derecho, así como en criterios que permiten demarcar los deberes funcionales y prácticos a cargo de la organización estatal y, por lo tanto, no prospera ninguna razón para su desconocimiento¹².

En variadas ocasiones quienes hacen vivos los contenidos del ordenamiento constitucional, se encuentran con que la rigidez propia del

10 Tapia Rodríguez, Mauricio. *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*. Revista de derecho (Valdivia), 2003, vol. 15, p. 75-111; Angelo Castelletta, *Responsabilité médicale. Droit des malades*, París, Dalloz Référence, 2002, p. 15

11 Isensee, Josef. *Tabú en el Estado liberal de derecho*. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2016

12 García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza. España, 1996.

dogma que contiene la visión fría y simple de la literalidad del texto normativo, lo que, a tiempo presente, se entiende como una postura superada, porque el texto constitucional o normativo que protege, por ejemplo, los individuos de especial salvaguarda convencional, es un parámetro fundamental sobre el cual se desarrollan una serie de garantías y prestaciones sociales como la salud de la gestante y del nacido sano o enfermo.

2.2 - LA INDIVIDUALIZACIÓN Y MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA GESTANTE Y DEL NACIDO SANO O ENFERMO

Lo anterior, permite el amparo de los derechos al momento de su individualización y materialización¹³, tal como ocurre, se reitera, con la protección a la maternidad y a la gestante, los cuales en su dimensión práctica —en su concreción en la realidad— han de exigir una serie de obligaciones y prestaciones que debe asumir la organización estatal. Estas prestaciones se exteriorizan a través de las instituciones prestadoras de servicios de salud, de promoción y protección a la primera infancia, entre otras, sin importar que estas sean de naturaleza pública o privada¹⁴, que permiten de forma práctica velar por la concreción de los dogmas que desde un principio se fijaron en la Carta Constitucional¹⁵.

3 - EL VICTIMARIO O CAUSANTE DEL DAÑO ANTIJURÍDICO QUE PROPENDE POR EL AMPARO DE SU DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO

El prestador del servicio médico privado o sometido a las reglas estatales para el establecimiento y prestación del servicio en salud puede causar daños en la asistencia del servicio médico y comprometer su pa-

13 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Editorial Trotta, España. 2010.

14 García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza. España, 1996.

15 Cuando ello ocurre, cualquier posición fundada en dogmas, necesariamente debe ser revalorada a fin de lograr establecer su pertinencia, la cual solo puede ser medida, en razón a su relación con los mentados derechos, si la resultante obtenida no ofrece criterios que vivifiquen la dignidad humana y las manifestaciones que de ellas se derivan, tal posición (dogma) necesariamente debe ser desestimada e incluso proscrita, por cuanto en ella misma se encierra un desconocimiento de la persona humana y de su esencia, la cual como ya se señaló, integra la razón de ser del ordenamiento mismo. Fernández Segado, Francisco y otros. *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*. Editorial Dykinson, España. 2008.

trimonio; lo anterior, a través de las acciones judiciales presentadas por la víctima de un daño en salud, es decir, la madre gestante en nombre propio y representando los intereses del *nasciturus* o del nacido enfermo o sano. En este sentido, el Código General del Proceso colombiano¹⁶ establece que en los procesos declarativos serán determinadas unas reglas para lo atinente a la solicitud de las medidas cautelares, en este caso, por parte del médico, así como también para el decreto y práctica de las mismas.

3.1 - REGLAS PARA LA CONCRECIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN CONTRA DEL CAUSANTE DEL DAÑO ANTIJURÍDICO AL PACIENTE EN SU CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DE UN PRODUCTO Y/O UN SERVICIO

Cuando son vulnerados los derechos de los individuos de máximo amparo convencional, la víctima y consumidora de un producto o un servicio en salud, puede solicitar el decreto de medidas cautelares en contra del generador del daño. Todo, ajustado a las reglas establecidas por el legislador. Dichas reglas son las siguientes:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual¹⁷.

Asimismo, se establece en la norma que si el fallo proferido por el Juez Municipal o Civil del Circuito favorece los intereses de la víctima,

16 Congreso de la República de Colombia. Código General del Proceso. Bogotá. 2012.

17 Congreso de la República de Colombia. Código General del Proceso. Bogotá. 2012.

demandante y beneficiario de la póliza de seguro de daños patrimoniales responsabilidad civil¹⁸, este tiene la facultad de requerir el embargo y secuestro de los bienes de la clínica, el hospital o del equipo médico que hizo parte en la intervención en salud. Esta petición es facultativa, es decir, previa decisión y solicitud de la víctima de un daño médico que solicita la inscripción de la demanda declarativa verbal por responsabilidad, sobre los bienes de propiedad del demandado o legitimado por pasiva en el proceso judicial. La norma continua señalando lo siguiente:

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho¹⁹.

Así mismo, la norma procesal colombiana instituye que el juez de conocimiento tiene la obligación de establecer a través del ejercicio de ponderación²⁰: la necesidad, la efectividad y la respectiva proporcionalidad de la solicitud y práctica de la medida cautelar que compromete, en el caso objeto de investigación, el patrimonio del prestador del servicio en salud. Asimismo, el juez debe estimar la procedencia de la solicitud y práctica de la medida cautelar y establecer la cautela que menor gravedad represente. Por esta razón, es de gran importancia que el prestador del servicio médico traslade el riesgo inherente a su actividad a una compañía aseguradora que instituye el pago de una prima o precio para asumir dicho riesgo.

18 Díaz-Granados Juan Manuel. *EL seguro de responsabilidad*. Editorial: Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2012.

19 Congreso de la República de Colombia. Código General del Proceso. Bogotá. 2012.

20 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1era. reimpresión. Madrid: Editorial Centro de estudios constitucionales. 2010.

3.2 - LA ESTRUCTURA NORMATIVA SUSTANCIAL Y PROCESAL APLICADA AL AMPARO DE LAS GARANTÍAS DEL USUARIO MÉDICO

Así las cosas, cuando se estudia la estructura normativa sustancial y procesal de países como Colombia se logra observar que las cláusulas que integran todas las normas civiles, estatales, constitucionales y penales²¹, entre otras, están positivizadas; por esta razón, se hace referencia a que los derechos fundamentales de las víctimas de un daño en salud, por ejemplo, están *positivizados* en una constitución, es decir, es viable afirmar que los derechos fundamentales de la madre gestante, del *nasciturus*, del nacido sano o enfermo así como las garantías del prestador en salud son derechos humanos *positivizados*.

Por consiguiente, los derechos humanos están representados en un conjunto de dogmas de común aceptación, los cuales, de una u otra manera, han de estar en plena correspondencia con todas las reglas y principios constituidos en democracias como la colombiana y la brasilera, entre otras. La protección de la dignidad del paciente y el respeto por el prestador se constituyen como pilares o bases fundamentales para el cumplimiento de los compromisos de una organización estatal²², que debe estar alejada de una posición vertical y con carácter homogenizante y pseudo-obligatoria, principalmente, cuando las normas, reglas y principios se encuentran implícitas en un Estado constitucional de derecho²³.

Para finalizar, se reitera nuevamente que una de las muestras más trascendentales en el contexto colombiano y brasilero es el paso de la concepción de “dogma normativo” a la concepción de “*digma funcional*” que constituye la protección a la maternidad y a la gestante. Pese a que las pautas normativas que la protegen se entiendan limitadas o específicas al encontrarse en su núcleo esencial la protección a la institución primaria de todo ser humano: la gestación y su crianza primaria se conectan con el derecho humano a la garantía de la dignidad humana y en consecuencia con el desarrollo constitucional y jurisprudencial que de esta se deriva²⁴.

21 Bernate-Ochoa, Francisco. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá. 2010

22 Arzo, Santiesteban Xabier. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2014.

23 Isensee, Josef. *Tabú en el Estado liberal de derecho*. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2016.

24 Cruz Mahecha, Diego Enrique. *La dignidad de la persona humana, su papel en el Estado social*. Editorial Académica Española. Berlín 2017. Es la trascendencia de

REFLEXIONES FINALES

En la investigación realizada se comprobó que en países como Colombia y Brasil así como en algunos países latinoamericanos se han presentado avances significativos en relación con la protección de los derechos humanos de las personas.

Igualmente, se estableció que existen sujetos o individuos que demandan una especial protección convencional y constitucional a cargo del Estado. Dos de estos sujetos que gozan de este amparo prioritario son la madre gestante y el que está por nacer o nacido enfermo o sano. Se identificó que estos sujetos son consumidores indirectos de un producto denominado seguro de responsabilidad civil y estatal que garantiza el pago de la indemnización integral, ante la presencia de un evento adverso que genere perjuicios a los anteriores individuos quienes demandan especial protección.

Se concluyó que en la estructura normativa de un Estado constitucional existen normas, reglas y principios consagrados en dogmas que son aceptados por toda la comunidad en general, así únicamente representan la literalidad positivizada de la norma. Sin embargo, se evidenció que tiene mayor relevancia la aplicación del *digma* de las normas civiles, comerciales y constitucionales con el propósito de destacar la protección de derechos humanos fundamentales: la dignidad, la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1era. reimpresión. Madrid: Editorial Centro de estudios constitucionales. 2010.

Angelo Castelletta. *Responsabilité médicale. Droit des malades*. París, Dalloz Références, 2002, p. 15

estos elementos la que ha permitido la materialización del *digma* en el proceso de interpretación y en la forma en que se ha de concebir la estructura y el espacio normativo, lo cual tiene su fuente primaria, tal como se determinó hace unos párrafos, en el deber de reinterpretación de los textos constitucionales, que se impone de la integración y reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona y en especial de la dignidad humana, como principio y fin del ordenamiento mismo. *La dignidad de la persona humana, su papel en el Estado social*, Op. cit

Arzoz, Santiesteban Xabier. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2014.

Barros, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2007.

Barroso, Luis Roberto. *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014.

Bernal, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición y primera y segunda reimpresión. 2005.

Bernate-Ochoa, Francisco. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá. 2010.

Cruz Mahecha Diego Enrique. *La dignidad de la persona humana, su papel en el Estado social*. Editorial Académica Española. Berlín 2017.

Congreso de la República de Colombia. Código General del Proceso. Bogotá. 2012.

Díaz-Granados Juan Manuel. *EL seguro de responsabilidad*. Editorial: Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2012.

Fernández, Mónica. *La responsabilidad médica: Problemas actuales*. Bogotá. Editorial: Ibañez. 2008.

Fernández Segado, Francisco y otros. *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*. Editorial Dykinson, España. 2008.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Editorial Trotta, España. 2010.

García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza. España, 1996.

Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.

Isensee, Josef. *Tabú en el Estado liberal de derecho*. Editado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2016.

Laurell Asa, Cristina. *Contradicciones en salud: sobre acumulación y legitimidad en los gobiernos neoliberales y sociales de derecho en América Latina. Saúde em debate*, 2014, vol. 38, p. 853-871.

Melden A.I. *Los Derechos y las Personas*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México. 1977.

Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial tomo I*. Editorial biblioteca jurídica Dike, Bogotá, 2011.

Tapia Rodríguez, Mauricio. *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*. Revista de derecho (Valdivia), 2003, vol. 15, p. 75-111.

O DIREITO À INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FERNANDA NUNES BARBOSA¹

CAMILA MÖLLERKE SANTOS²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho insere-se na temática do direito do consumidor nas relações jurídica envolvendo médico e paciente, tendo por objetivo a sua análise sob a ótica do direito à informação do consumidor/paciente. Para tanto, parte-se do exame dos princípios e dos direitos básicos incidentes nas relações de consumo, com ênfase no princípio da vulnerabilidade e no direito básico à informação para se problematizar em que medida a efetivação plena do direito constitucional à saúde e do reconhecimento da dignidade humana constroem-se por meio da concretização dos princípios e regras estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

A hipótese básica desta pesquisa, de caráter exploratório e bibliográfico, é que, sem prejuízo da legislação extravagante que consolida direitos e garantias delimitados no referido estatuto consumerista, tais como, em âmbito nacional, o Código de Ética Médica e, em âmbito internacional, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, a efetivação do direito constitucional à saúde e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (do paciente) constroem-se, indissociavelmente, por meio dos princípios e regras estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

A presente pesquisa parte do método dedutivo de análise, porquanto se procurará confirmar a hipótese de trabalho, com a divisão do

-
- 1 Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Graduação em Direito da FAPA/Uniritter e do Mestrado em Direitos Humanos do Uniritter. Editora da Série Pautas em Direito/Editora Arquipélago. Advogada. E-mail: fernanda@tjnb.adv.br.
 - 2 Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito - pelo Centro Universitário Ritter dos Reis em 2011. Defensora Pública Estadual do estado do Rio Grande do Sul. E-mail: camila-mollerke@defensoria.rs.def.br.

estudo em seis itens, a saber: 1. Direito à saúde: nota Introdutória; 2. O sistema de proteção da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) frente à CF/88; 3. Natureza jurídica da relação médico-paciente; 4. Vida digna e direito à saúde: a importância de se observar o direito à informação do paciente; 5. Autodeterminação e consentimento da pessoa em face da prestação de serviços médicos; 6. Conclusão.

1 - O DIREITO À SAÚDE: NOTA INTRODUTÓRIA

A modernização das sociedades, além da globalização e dos avanços tecnológicos trouxe consigo o reconhecimento de uma gama de novos direitos e, na via oposta, de novos deveres. Apresenta-se inegável reconhecer que hoje não bastam ao desenvolvimento sadio de determinada comunidade ou grupo social apenas a proteção (e promoção) dos direitos individuais de primeira e segunda geração ou dimensão, dentre os quais se inclui o direito à saúde³. À sociedade contemporânea não basta que sejamos livres, iguais e fraternos, ou mesmo que o Estado Social garanta determinadas prestações positivas, como saúde e educação. É preciso que se garantam direitos transindividuais, que têm por titular toda a coletividade, de forma indistinta. O nascimento ou reconhecimento dos direitos de terceira geração ou dimensão impõe que se defenda direitos coletivos e difusos a exemplo do meio ambiente equilibrado e dos direitos do consumidor.

Conforme aponta Stefano Rodotà, a modernidade ocidental veio a organizar-se em torno aos homens que nascem “todos livres e iguais”, mas sua liberdade e igualdade não foram reconfiguradas quando a fraternidade se uniu para constituir a histórica tríade dos princípios. Ela somente foi potencialmente integrada a partir do segundo pós guerra, da revolução da

3 “Na primeira geração encontram-se os direitos *individuais*, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os direitos *políticos*, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar a ser votado. Na segunda geração estão os direitos *sociais*, econômicos e culturais, referidos normalmente como direitos sociais, que incluem os direitos trabalhistas e os direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração estão os direitos *coletivos e difusos*, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Já se fala em uma quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 148.

dignidade. A relevância da fraternidade, não mais apenas como princípio moral, mas como forte referência jurídica, passa a encontrar, a partir de então, uma direta e compartilhada expressão no princípio da solidariedade, destinado a guiar tanto a ação pública como a ação privada. Assim, da solidariedade emerge a dignidade da pessoa humana, que não pode ser associada a situações em que esta dependa da benevolência de outrem, confinada na dependência. Descobrimos, portanto, uma mais distante fundação dos direitos sociais, bem antes da primeira individualização como categoria autônoma nos anos 1950 (RODOTÀ, 2014, p. 14-17).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, institui um comando ao Estado Federativo brasileiro de promover a defesa do consumidor, “na forma da Lei”. Trata-se, o dispositivo constitucional, de uma norma de eficácia limitada⁴, que impõe ao legislador a elaboração de lei para que o direito ali previsto passe a ter aplicação e eficácia. Assim, promulgada em 1990, a Lei nº 8.078 instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que dispõe sobre o sistema de proteção do consumidor e conceitua, por meio dos sujeitos que a compõem, o que seja uma relação de consumo. Ainda, elenca princípios e direitos básicos, norteadores de tais relações, como o direito à proteção da vida, saúde e segurança, contra os riscos provocados por produtos considerado nocivos ou perigosos; vedação à publicidade enganosa; a adequação e eficiência da prestação dos serviços públicos; o acesso aos órgãos judiciários e administrativos para a defesa dos direitos do consumidor e, o que aqui será objeto de especial atenção, o direito à informação clara e adequada do consumidor (art. 6º, III, do CDC).

É nesse contexto que se abordará um dos direitos mais caros ao ser humano: o direito de acesso à saúde, que é, a um só tempo, direito

4 Conforme se verifica da lição de Luís Roberto Barroso, foi José Afonso da Silva, em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, que desenvolveu de forma mais aceita a teoria acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, promovendo a classificação das referidas normas. Refere Barroso que “de acordo com essa formulação, normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior a sua aplicação.” Já as normas de eficácia contida “são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade.” Por fim, as normas de eficácia limitada, natureza da norma constitucional que impõe um comando ao legislador, “são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema”. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 169-170).

individual de segunda dimensão e direito coletivo de terceira dimensão, porquanto de direito do consumidor se trata, em especial numa sociedade capitalista como a contemporânea, em que as relações estão mais e mais monetarizadas e atravessadas por interesses econômicos. A nível mundial, a Organização Mundial da Saúde divulgou, em seu último relatório, de maio de 2018, como meta, a necessidade de “atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preço acessíveis para todos.”⁵ Depreende-se, portanto, que a saúde também é, em nível mundial, reconhecida como um dos direitos que ainda carecem de efetividade satisfatória.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶, em seu artigo 25, elenca que toda pessoa terá direito a um nível de vida suficiente que assegure a si e a sua família saúde e bem-estar. O Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, chamado Protocolo de San Salvador, ingressou na ordem nacional por meio do Decreto n 3.321, de 30 de dezembro de 1999⁷, e elenca em seu artigo 10 que toda pessoa tem direito à saúde, entendida esta como a fruição do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. No panorama nacional, a Constituição Federal⁸, em seu artigo 196, preconiza a saúde como direito de todos e dever do Estado.

O que é fundamental destacar a título introdutório é que, por direito à saúde entende-se não só a necessidade de assegurar ao indivíduo que se mantenha com vida, mas sim garantir-lhe o acesso a todo o conjunto de políticas públicas ou a meios privados de promoção da saúde, na forma do artigo 199 da CF/88⁹, bem como o alcance do necessário para a

5 Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5676:organizacao-mundial-da-saude-divulga-novas-estatisticas-mundiais-de-saude&Itemid=843. Data de acesso: 13/05/2019.

6 Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Data de acesso: 13/05/2019.

7 Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Data de acesso: 13/05/2019.

8 Texto na íntegra pode ser acessado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Data de acesso 13/05/2019.

9 “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a des-

manutenção de seu bem-estar, tanto de ordem física como mental.

Assim é que o estudo da efetivação do direito à saúde perpassa pela análise dos princípios de ordem consumerista dentro da esfera de proteção (e promoção) do vulnerável na relação médico-paciente. Para além da efetivação global do direito à saúde (seja por parte do Estado, seja do sistema privado), é preciso que o profissional, *in loco*, responsável diretamente pelo tratamento daquele que o procura, atenda às normas e princípios de respeito à autodeterminação pessoal e observância do dever de informação adequada, clara e veraz, conforme adiante se demonstrará.

2 - O SISTEMA DE PROTEÇÃO DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) FRENTE À CF/88

Sem dúvida, é um grande marco histórico na vida de qualquer nação a promulgação de uma Carta Constitucional elaborada por representantes do povo, consubstanciando-se na máxima (re)afirmação da democracia grega.

No Brasil, em 05 de outubro de 1988, após mais de 20 anos de um duro regime militar, o povo conquistou sua “Carta Cidadã”, repleta de direitos aptos a preservar tudo aquilo que a arbitrariedade dos anos de chumbo havia consumido. De sua simples leitura é possível notar a centralização da figura humana e a preocupação com a sua vida e dignidade como tema central.

Constitui fundamento da República Federativa do Brasil, inaugurando o texto constitucional, o princípio democrático e a dignidade da pessoa humana. Tem como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E no seu artigo 5º, aquele a quem se atribui ser o coração da carta, um extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos, a exemplo do inc. XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu art. 48, lê-se ainda: “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação

ção de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

O estudo da norma consumerista, para que se entenda sua importância em uma sociedade desenvolvida e moderna, perpassa, necessariamente, pelo reconhecimento de que o respeito ao consumidor é um dever constitucional. Mas um dever constitucional não apenas por que previsto expressamente no texto da Lei Maior. É um dever constitucional na medida em que a tutela, dentro das relações de troca econômica, deve ser à pessoa e não ao capital, e a promoção dos grupos vulnerados no atual cenário socio-econômico deve funcionar como forma de concretização e efetivação dos valores democrático (que pressupõe inclusão)¹⁰ e de respeito à dignidade humana, que operam precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos, buscando obter não um equilíbrio abstrato entre as partes, mas sim remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Ao estabelecer, em seu art. 1º, que o presente Código contém “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o potencial nocivo das relações de troca econômica num mundo eminentemente capitalista no contexto do desenvolvimento individual da pessoa humana, mormente da pessoa humana em desenvolvimento (a criança), porquanto não se pode negar que as crianças estejam exercendo funções que sustentam o modelo econômico capitalista.¹¹

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, a teor do artigo 6º, inciso VI, o dever de prevenção e reparação total dos danos suportados pelo tomador de um serviço ou adquirente de um produto danoso, defeituoso ou inadequado. De diversas formas e por diversas vias tal direito procura meios de consagração, a exemplo da inversão do ônus da prova em favor do consumidor pelo reconhecimento de sua hipossufi-

10 Conforme aponta Martha Nussbaum: “Toda democracia moderna é também uma sociedade na qual as pessoas se diferenciam bastante segundo um grande número de parâmetros, entre eles religião, etnia, riqueza e classe, incapacidade física, gênero e sexualidade, e na qual todos os eleitores fazem escolhas que têm um impacto significativo na vida das pessoas que discordam deles. [...] E a capacidade de imaginar a experiência do outro - uma capacidade que quase todos os seres humanos possuem de alguma forma - precisa ser bastante aumentada e aperfeiçoada, se quisermos ter alguma esperança de sustentar instituições decentes que fiquem acima das inúmeras divisões que qualquer sociedade moderna contém”. NUSSBAUM, Martha. C. *Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades?* Trad. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 10-11.

11 BARBOSA, Fernanda Nunes. O dano informativo do consumidor na era digital: uma abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 28, n. 122, p. 203-232, mar./abr. 2019, p. 207.

ciência (artigo 6º, inciso VIII), da proteção contra a publicidade enganosa (artigo 6º, inciso IV), da informação clara e adequada (artigo 6º, inciso III), sem prejuízo dos demais dispositivos elencados em lei.

Por determinação legal, toda pessoa lesada por um evento danoso, inobstante não tenha intervindo diretamente na relação de consumo, é considerada vítima do evento e, conseqüentemente, merecedora da devida reparação indenizatória (art. 17 do CDC) e proteção integral das normas consumeristas. A tais atores dá-se o nome de consumidor por equiparação ou consumidor *bystander*, que reforçam a lógica de proteção e reparação integral de todo aquele que for prejudicado dentro da cadeia de consumo, não sendo diferente com os tomadores de serviços médico-hospitalares. Nesse comando legal percebe-se, na esteira dos ditames constitucionais suprarreferidos, o máximo respeito à dignidade humana em detrimento das relações patrimoniais, a partir de uma lógica inclusiva e protecionista que longe está de ser, registre-se, paternalista. Os mecanismos de proteção disponibilizados ao particular, reconhecendo a sua vulnerabilidade e hipossuficiência dentro da cadeia de consumo, possibilitam que a pessoa busque a reparação do direito lesado, de forma integral, a despeito de qualquer outro interesse de ordem econômica/patrimonial que se pretenda a ela sobrepor.

3 - NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A adequada prestação do serviço de saúde é garantia fundamental do indivíduo e uma das formas de efetivá-la é por meio da observância dos deveres contratuais e da aplicação das normas correlacionadas – civilista e/ou consumerista¹², precipuamente. Um ques-

12 Claudia Lima Marques, ao tratar da teoria do diálogo das fontes, aduz a necessária harmonização entre as normas, nos seguintes termos: “Parece-me que o CDC tende a ganhar com a entrada em vigor do CC/2002, pois seus princípios básicos são quase os mesmos. Como vimos, quatro são os princípios básicos do CDC que afetam diretamente o novo direito obrigacional brasileiro: o princípio da vulnerabilidade, o da confiança, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual. O primeiro tem reflexo direto no campo da aplicação do CDC, isto é, determina quais relações contratuais estarão sob a égide desta lei tutelar e do seu sistema de combate ao abuso. O segundo estabelece as bases da garantia legal de produtos e serviços, e possibilita a imputação de uma responsabilidade objetiva para toda a cadeia de fornecimento. O terceiro princípio é basilar de toda a conduta contratual, mas aqui deve ser destacada uma função limitadora da liberdade contratual. O quarto princípio tem maiores reflexos no combate à lesão ou à quebra da base do negócio, mas pode ser aqui destacada a sua função de manutenção da relação no tempo. Note-se que, à exceção do princípio da vulnerabilidade, que dá sustento à especialidade do CDC, os outros três princípios do CDC

tionamento que se pode fazer é: na relação privada, de confiança e sigilosa entre o médico e o paciente, há relação “típica” de consumo? Independentemente do regime de contratação do profissional, isto é, seja ele profissional liberal, celetista ou estatutário, quais os limites de sua responsabilidade e qual a natureza desta perante a violação dos deveres estabelecidos pelo CDC? Qual o alcance de aplicação da regra consumerista nesta relação jurídica? Responder a tais indagações é o que se pretende a partir de agora.

A súmula nº 608¹³ do Superior Tribunal de Justiça ratifica em parte sua súmula anterior cancelada (Súmula nº 469¹⁴), que dispunha acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre particular e operadora de plano de saúde. Isto porque, a revisão do enunciado sumular que deu lugar ao novo entendimento apenas exclui da aplicabilidade da lei consumerista os chamados planos de saúde administrados por entidades de autogestão. A regra, portanto, segue sendo o reconhecimento da relação de consumo existente entre o tomador do serviço do plano de saúde e sua operadora, atraindo, portando, a incidência das normas da Lei 8.078/90.

O cerne da questão reside na verificação da natureza jurídica e possibilidade de aplicação do CDC dentro da estreita relação entre médico e paciente em qualquer caso, ou seja, independentemente

encontram-se hoje incorporados no sistema geral do direito privado, pois presentes no novo Código Civil, como vimos. Repita-se, pois, que, se o espírito do diálogo das fontes aqui destacado prevalecer, é necessário superar a visão antiga dos conflitos e dar efeito útil às leis novas e antigas! Mister é preservar a ‘ratio’ de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente! A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o CC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos na relação contratual.” (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004, p. 52).

- 13 Súmula 608 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)
- 14 Súmula 469 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010). SÚMULA CANCELADA: A Terceira Seção, na sessão de 11/04/2018, ao apreciar o Projeto de Súmula n. 937, determinou o CANCELAMENTO da Súmula 469 do STJ. (Dje 17/04/2018).

da relação ser ou não considerada de consumo entre a operada e o usuário. Embora não seja compreendida como uma prestação de serviço por excelência, pois há entendimento assentado na doutrina que considera tal relação como uma espécie *sui generis* de contrato¹⁵, o fato é que, mesmo nos casos de planos de saúde administrados por entidades de autogestão, parece-nos evidente que a estreita relação entre médico e paciente submete-se às regras do CDC na medida em que se verifica aí a presença das figuras descritas nos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/90. Com efeito, embora “as entidades de autogestão não visem o lucro e constituam sistemas fechados, já que os planos que administram não estão disponíveis no mercado consumidor em geral, mas, ao contrário, a apenas um grupo restrito de beneficiários”¹⁶, o mesmo raciocínio não se aplica à pessoa do profissional da área médica, afastando, portanto, a *ratio* que reconhece ausentes os pressupostos da relação de consumo no que toca ao vínculo entre operadora e beneficiário.

Daí, portanto, dizer-se que o médico dentro da sua atividade ordinária exerce e obriga-se ao bom desempenho da função, devendo empreender todos os esforços para o melhor resultado para o paciente, observando os deveres que regem todas as obrigações contratuais e os deveres anexos atinentes à boa-fé (cooperação, colaboração, lealdade etc.), bem como aqueles elencados no CDC, em especial o dever de bom informar o consumidor/paciente.¹⁷ Conforme REsp. 1.540.580/DF, da relatoria do Ministro Lázaro Guimarães (rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão)¹⁸, de sua leitura é possível

15 Conforme Sérgio Cavalieri Filho: “Divergem, ainda, os doutrinadores sobre a natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços e para outros um contrato *sui generis*. Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica natureza de contrato *sui generis*, e não mera locação de serviços, consoante orientação adotada pelos Códigos da Suíça e Alemanha.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 385.

16 STJ. AgInt no REsp 1563986 MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bóas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 06/09/2017

17 Veja-se, em publicação monográfica sobre o tema, BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2004 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 37), *passim*.

18 STJ. Resp. 1.540.580/DF, Rel. Min. Ministro Lázaro Guimarães, Rel. p/ acórdão

extrair que a relação entre o médico e o seu paciente, não obstante constitua uma prestação de serviço especial, terá incidência da norma consumerista para proteção do tomador do serviço.¹⁹ O referido acórdão ainda reconheceu, *in casu*, além da necessidade de observância de todos os preceitos relativos à proteção do consumidor na lei especial, a aplicação das regras de facilitação de sua defesa em juízo, primordialmente, a inversão do ônus da prova.²⁰

É curioso compreender, portanto, que a incidência do CDC ao mesmo tempo em que cria certa proteção ao profissional liberal, estabelecendo a necessidade de comprovação de sua culpa para que haja responsabilização pessoal (art. 14, §4º, do CDC), possibilita a inversão do ônus da prova a favor do hipossuficiente/consumidor, presumindo a culpa do *expert* e transferindo a este a incumbência de comprovar o seu bom desempenho na hipótese concreta.

Do exposto, é possível deduzir a natureza peculiar da relação médico-paciente e a aplicação dos princípios e regras expressos na legislação consumerista. Ainda que a relação seja de natureza *sui generis* para parte da doutrina ou denominada como locação especial de serviços, ela, de qualquer modo, não é de natureza consumerista por excelência. Tal fato, no entanto, não afasta a incidência dos direitos e deveres do CDC, em especial e com mais força o direito à informação adequada, clara e completa, bem como a natureza subjetiva da responsabilidade do profissional e a possibilidade de inversão do ônus da prova, reconhecendo-se, para tanto, a vulnerabilidade e hipossuficiência do paciente/consumidor.

Mín. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

- 19 Refere o Ministro Luís Felipe Salomão no voto vencedor que: “Diante da inexistência de legislação específica para regulamentação do dever de informação e do direito ao consentimento livre e informado na relação médico-paciente, o CDC é o diploma que reúne as regras capazes de proteger o sujeito em estado de vulnerabilidade e hipossuficiência, a partir de uma visão da relação contratual, com prevalência do interesse social.” STJ. Resp. 1.540.580/DF, Rel. Min. Ministro Lázaro Guimarães, Rel. p/ acórdão Mín. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.
- 20 Do voto do Ministro Luís Felipe Salomão, colhe-se ainda: “Percebe-se, nitidamente, que, apesar do §4º falar em responsabilidade por culpa, subjetiva, não afasta a possibilidade de o ônus da prova quanto a este ponto recair sobre o médico prestador do serviço.” STJ. Resp. 1.540.580/DF, Rel. Min. Ministro Lázaro Guimarães, Rel. p/ acórdão Mín. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

4 - VIDA DIGNA E DIREITO À SAÚDE: A IMPORTÂNCIA DE SE OBSERVAR O DIREITO À INFORMAÇÃO DO PACIENTE

Remonta ao direito natural a ideia da existência de direitos universais que adquirem tal status em razão de serem reconhecidos a qualquer ser humano, em qualquer sociedade, sob qualquer governo ou momento histórico. Seriam direitos sem fronteiras.

Ainda que a ideia de um universalismo de direitos tenha sido afastada contemporaneamente a partir do reconhecimento de que um *a priori* hipotético não seria possível sem desconsiderar o multiculturalismo e o respeito às singularidades humanas que o próprio universalismo tutelaria, num paradoxo já exaustivamente trabalhado na doutrina dos vários campos das humanidades, o fato é que a ideia de dignidade da vida humana é objeto de reflexão tanto nas culturas ocidentais como orientais. Nesse sentido, se por um lado se afirma a necessidade de se repensar a validade do universal sob um novo aspecto, afastando-se totalidades positivas e saturadas a bem de um universal que se reconheça no negativo, talvez seja no *comum* das culturas, não entendido esse “como síntese, nem como denominador, nem como fundamento, mas como o comum do *inteligível*, em contínuo desdobramento e guiado por esse universal ‘regulador’” (JULLIEN, 2009, p. 16), que se possa reconhecer esses direitos sem fronteiras.²¹

Assim é que a dignidade humana, muito mais do que uma norma jurídica concreta, constitui-se em um sobreprincípio e enunciado valorativo, devendo servir de parâmetro ao operador do direito na aplicação da lei. De fato, deve-se considerar a pessoa humana *a medida de todas as coisas*, no sentido de que ela é, em sua dignidade, a *ratio* jurídica de todo e qualquer direito subjetivo (privado ou público), fundamental ou não, inclusive os direitos da personalidade, afirmando-se, a partir daí,

21 [...] Assim, ao passo que o universal leva desde sempre a extensão que é a sua consumação, num modo categórico (absoluto), apoderando-se da totalidade concernida como de um dever-se que não pode sofrer exceção, o comum, em contrapartida, é legítimo em sua progressão. Sua extensão é gradual: tenho algo em comum com os da minha cidade; numa outra escala, com meus compatriotas, ou mais amplamente, no estágio da comunidade europeia ou da comunidade ou ‘família’ humana; até mesmo, ainda mais amplamente, com todos os seres racionais (...). Com esses diversos estágio de comunidade graduando assim minha existência, esta se expande, e expande-se por participação, de uma ponta da escala à outra, do patrimônio genético ao ente querido.” JULLIEN, François. *O diálogo entre as culturas: do universal ao multiculturalismo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.: 2009, p. 38.

que a cláusula geral de tutela da pessoa (na Constituição Federal brasileira positivada em seu art. 1º, III) visa protegê-la, amplamente, em toda e qualquer situação jurídica subjetiva (direito subjetivo, direito potestativo, interesse, obrigação, ônus etc.), ativa ou passiva²². Com isso, funcionalizá-la, em qualquer circunstância, não seria conforme uma construção teórica e legislativa que coloca a pessoa humana no topo dos valores protegidos pelo Estado Democrático brasileiro²³.

São poucas as riquezas que o ser humano pode preservar até a sua morte, sem qualquer risco de despojamento. O conhecimento, senão a única, é o exemplo que parece mais latente. Aquilo que se conhece, que se aprende, que se consome por meio do intelecto não se perde jamais. E aquele que detém o conhecimento é verdadeiramente livre e capaz de exercer seu livre arbítrio. Conhecer e tomar ciência do contexto ao qual está inserido e de todas as consequências possíveis de seus atos empodera o ser humano, fazendo-o centro de sua própria história e autor de sua própria vida.

Por esta razão o direito à informação é dos mais relevantes. Atua como concretizador da dignidade humana e o seu reconhecimento, na esfera do direito consumidor, é inconteste nos diversos tribunais do país. Na legislação infraconstitucional, aparece seja por meio dos princípios de probidade e boa-fé provenientes do artigo 422 do Código Civil, que vigoram tanto na execução, como nas fases pré e pós contratual, seja por meio dos princípios da transparência e da confiança construídos no direito do consumidor a partir do art. 4º do Estatuto consumerista. Sem dúvida,

22 É de se ressaltar que “a tutela e a promoção da pessoa não atuam sempre com a mesma intensidade e em virtude da mesma situação subjetiva: o mesmo interesse – pense-se no interesse à saúde, da integridade psicofísica ao serviço sanitário e à salubridade do ambiente – se realiza segundo o paradigma ora do direito subjetivo, ora do interesse legítimo”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 679.

23 Do julgamento da ADI 3.510/DF (Lei de Biossegurança) extrai-se: “O que é uma dignidade não tem valoração; é, pois, valor absoluto. Pela sua condição sobrepele à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço. O preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço. De conceito filosófico que é, em sua fonte e em sua concepção moral, a princípio jurídico a dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política.” STF. ADI 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento 29/05/2008, DJe 28/05/2010.

o dever de informar se transmuta em dever contratual por força de sua descendência direta como instrumento de cumprimento do princípio-norma da boa-fé, assumindo o papel de padrão de conduta esperado, cuja fonte axiológica pode ser encontrada no metavalor da solidariedade (também de índole constitucional).

Na relação médico-paciente, embora se possa reconhecer uma relação não estritamente consumerista, a aplicação do CDC torna-se indiscutível, inclusive na jurisprudência pátria. Somam-se a ele, por outro lado, as disposições do Código de Ética Médica, que, especialmente em seu artigo 34, refere ser vedado ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento. Ainda, ressalva o dispositivo que, nos casos em que esta informação puder causar dano ao paciente, o seu representante legal deverá ser adequadamente informado.²⁴

Note-se que, mesmo nos casos em que não seja recomendado dar ciência ao tomador direto do serviço, em razão do chamado privilégio terapêutico²⁵, é imprescindível que seja a informação direcionada à pessoa tida por seu representante legal – e, neste caso, não há previsão de mitigação do dever/direito em análise, senão apenas da forma de o exercer.

Além disso, a informação a ser prestada deve ser clara, adequada e completa, de modo a não deixar dúvidas quanto aos riscos e consequências do tratamento prescrito ou procedimento aconselhado. O conteúdo da informação prestada deverá ser de cunho elucidativo, a fim de sanar todas as dúvidas do contraente acerca do diagnóstico e prognóstico, opções, riscos e consequências, de modo que possibilite ao paciente o exercício pleno do seu direito de escolha impingido da cientificação necessária dos contornos de todo o contexto dentro do qual está inserido.²⁶

24 Assim em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf> Data de acesso 15/05/2019.

25 “O privilégio terapêutico permite que o médico retenha informações com amparo na segunda parte do artigo 34 do Código de Ética Médica. Esta decisão está fundamentada no princípio da beneficência, que faz prevalecer na ponderação entre a autonomia do paciente e a proteção de sua saúde esta última por atender ao melhor interesse do paciente”. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 137.

26 “A informação devida pelo médico ao paciente apresenta características descritivas e prescritivas, sendo que o seu conteúdo toma forma de esclarecimentos e aconselhamentos. Os esclarecimentos dizem respeito à descrição e explicação: (i) do diagnóstico e prognóstico do paciente, (ii) das opções diagnósticas e terapêuticas

Possibilitar ao paciente que participe de seu diagnóstico e prognóstico e que saiba de todos os riscos e consequências inerentes aos procedimentos pelos quais será submetido é dar vazão direta à norma insculpida no artigo 1º da Constituição Federal no que toca ao respeito à dignidade e à cidadania, bem como à efetivação do direito de todos à saúde.

5 - AUTODETERMINAÇÃO E CONSENTIMENTO DA PESSOA EM FACE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS

O direito à informação do consumidor constitui um direito autônomo, e “a falha informativa ou o fato oriundo do defeito de informação são uma negligência e imprudência médicas por si só.” (MARQUES, 2004, P. 17) Todavia, ao violar tal direito outros ainda acabam por ser atingidos na sequência, uma vez que se limitam as escolhas do paciente, afrontando-se o seu direito à autodeterminação.

Destaca-se aqui o já referido privilégio terapêutico, o qual não pode vir a ser utilizado “como um salvo conduto para o médico, nem mesmo a beneficência se transmutar em paternalismo” (PEREIRA, 2011, p. 138). Nesse sentido, aponta Pereira, o médico deverá “justificar de forma comprovada o porquê de seu paciente não poder ser informado, e, por isso, conceder seu consentimento” (PEREIRA, 2011, p. 138). Entender de modo oposto seria um “retrocesso no progresso da relação médico-paciente de um perfil lógico-autoritário [como se buscou ilustrar na epígrafe deste texto], para o atual perfil dialógico-consensual” (PEREIRA, 2011, p. 138).

O Código Civil de 2002, ao tratar dos direitos da personalidade, em seu artigo 15 preceitua que ninguém poderá ser submetido à intervenção médica, com risco de vida, sem o seu consentimento. Já o Código

disponíveis pertinentes ao caso e (iii) dos riscos inerentes aos procedimentos. O aconselhamento abrange a prescrição de condutas médicas reputadas como mais adequadas cientificamente, bem como a prescrição de condutas que cabem ao paciente para cooperar com a melhoria de seu estado de saúde. Por parte do paciente, verifica-se também um dever informativo de esclarecimento aos médicos sobre suas condições pessoais, tais como histórico clínico, sintomas, hábitos e valores que orientam seu estilo de vida.” PITHAN, Lívia Haygert. O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 39, 2009. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?sData de acesso: 15/05/2019>.

de Ética Médica, no artigo 31²⁷, dispõe que desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, excetuado o caso de risco de morte iminente, é vedado.

Nas bem tecidas palavras da jornalista Eliane Brum, tem-se que:

O fato é que, desde o século XX, a morte tornou-se marginal na nossa sociedade, algo a ser escondido dentro dos hospitais, em ambiente asséptico. E o morrer tornou-se um ato quase obscuro, que nos lembra de nossos limites num momento histórico obcecado pela juventude e pela potência. Nossa crescente impossibilidade de lidar com a certeza da morte produziu pelo menos duas distorções: médicos que abusam do poder e extrapolam limites e pessoas infantilizadas no momento de tomar uma das decisões mais importantes da vida. “Reparem que escolho a palavra “pessoas” – e não “pacientes”, nosso nome a partir do momento em que entramos num hospital, clínica ou consultório médico. Como pessoas, temos uma história, um percurso, uma teia de sentidos. Como pacientes, como a etimologia da palavra nos prova, tanto quanto a prática cotidiana, somos esvaziados de nossos sentidos e de nossa história para nos tornarmos um sujeito passivo. A palavra “paciente” vem do latim *patientia*, que significa “virtude que consiste em suportar os sofrimentos sem queixa. “Somos “pacientes” com relação a um outro, que tem poder sobre nós. E não é obra do acaso que, tanto na posição de doentes quanto na de velhos, médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, assistentes sociais, fisioterapeutas etc. seguidamente nos tratam por diminutivos, como se fôssemos crianças pequenas. É difícil quem não tenha vivido ou testemunhado esse tratamento num hospital, clínica ou consultório. Parece apenas trivial, alguns consideram até carinhoso, outros vagamente irritante, mas a escolha das palavras desvela nosso lugar – e também um processo histórico e um embate no campo da ética.”²⁸

No mesmo sentido, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, do ano de 2005, consagra em seu artigo 5º a relevância da autonomia das pessoas no que diz respeito à tomada de decisões

27 Íntegra do documento disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em 15/05/2019.

28 BRUM, Eliane. *Você quer ser pessoa ou paciente?* Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/09/voce-quer-ser-pessoa-ou-paciente.html>> . Acesso em 10/05/2019.

e, ainda, no caso das pessoas incapazes, prevê a necessidade da adoção de medidas especiais para a proteção dos seus direitos e interesses.²⁹

A autonomia privada, sob a égide da garantia constitucional da dignidade humana, adquire especial relevância na análise do direito à informação. É a externalização da própria capacidade de autodeterminação.³⁰

6 - CONCLUSÃO

Ao problematizarmos neste breve artigo acerca da relevância do Código de Defesa do Consumidor (em especial, da previsão de seu direito básico à informação) para a plena efetivação do direito constitucional à saúde e do reconhecimento da dignidade humana, pretendemos construir o caminho da concretização de um dos direitos mais caros à humanidade, porquanto é aquele que mais nos coloca em evidência a finitude da vida.

Embora tenhamos a certeza da morte, é com a fragilidade da saúde que ela se mostra de modo mais brutal. Por vezes, não a nossa saúde, mas a de alguém que amamos. Em uma e em outra circunstâncias, nossa vulnerabilidade se acentua.

Assim é que a plena efetivação do direito à saúde perpassa pela análise dos princípios de ordem consumerista dentro da esfera de proteção (e promoção) do vulnerável na relação médico-paciente. Como vimos ao longo do texto, para além da efetivação global do direito à saúde por parte do Estado e mesmo por via do sistema privado de saúde, reconhece-se ao profissional responsável diretamente pelo tratamento

29 Artigo 5º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco (2005): “Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia”. Íntegra em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Data de acesso 16/05/2019.

30 Para Luís Roberto Barroso: “A autonomia é, no plano filosófico, o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade.” BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo..., p. 199.

daquele que o procura, o dever de atender às normas e princípios de respeito à autodeterminação da pessoa e observância do dever de informação adequada, clara e veraz. Em última análise, é no âmbito desta relação absolutamente pessoal, entre a pessoa do médico e a pessoa do paciente, que se poderá, verdadeiramente, garantir o direito fundamental à saúde e a promoção da dignidade da pessoa humana.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2004 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 37).

BARBOSA, Fernanda Nunes. O dano informativo do consumidor na era digital: uma abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 28, n. 122, p. 203-232, mar./abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRUM, Eliane. *Você quer ser pessoa ou paciente?* Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/09/voce-quer-ser-pessoa-ou-paciente.html>>

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JULLIEN, François. *O diálogo entre as culturas: do universal ao multiculturalismo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

MARQUES, A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, nº 827, p. 11-48, set. 2004.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

NUSSBAUM, Martha. C. *Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades?* Trad. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PITHAN, Livia Haygert. *O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Bari: Laterza, 2014.

DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA, SU APLICACIÓN BAJO PERSPECTIVA DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

HÉCTOR FRANCISCO ARÉVALO FOMEQUE¹

1 - CONCEPTO GENERAL DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Estado al ejercer la soberanía, la cual en todo caso debe surgir de la autonomía y voluntad popular, gobierna, se da sus leyes, pero de igual manera se encarga en la forma de una potestad-deber, de dirimir heterocompositivamente los conflictos intersubjetivos que se presenten entre los asociados, cuando estos, por diversas causas, no les es posible su solución, por vías autocompositivas.

La potestad-deber estatal de dar solución a los conflictos recibe la denominación de *jurisdicción*, en tanto que la aplicación concreta de esa potestad jurisdiccional respecto de ciertas personas, específicos asuntos y determinado territorio, corresponde al concepto de *competencia*.

A su vez, el concepto de *jurisdicción* en cuanto a su aplicación al caso concreto admite dos primeras clasificaciones, *jurisdicción contenciosa* y *jurisdicción voluntaria*. La primera de ellas comporta la existencia de un conflicto de partes, un demandante quien, con base en el genérico derecho de *acción*, invoca frente al órgano jurisdiccional sus pretensiones, soportadas estas en la ocurrencia de unos hechos, los cuales a su vez deben estar contenidos como supuestos en una norma de carácter sustancial, la cual de contera persiga un determinado efecto jurídico². A su

1 Abogado Universidad Libre de Colombia. Docente titular y catedrático de Derecho Procesal Civil y Probatorio de las Universidades Libre, Santo Tomás y Sergio Arboleda. Docente de Maestría en Derecho Procesal, Derecho Privado y Responsabilidad Médica. Profesor de Postgrados en Derecho Procesal y Probatorio, Arbitramento, en Derecho de Familia y M.A.S.C. Autor y coautor de distintos textos y artículos de Derecho Procesal y Probatorio. Abogado asesor y litigante en asuntos de derecho civil y comercial, en arbitramento. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

2 En Colombia rige actualmente el Código General del Proceso, normatividad que en el artículo 167 bajo la denominación de “carga de la prueba”, indica que les incumbe a las partes la demostración del supuesto de hecho que consagran las normas, las cuales, imperativo, consagrar o contener un efecto jurídico. El contenido normativo desarrolla nitidamente la sub-fase de la actio legis, la cual a su vez hizo parte fundamental de la primera fase conocida del derecho procesal en la antigua Roma,

turno el demandado atendiendo el derecho de *contradicción*, a partir de sus excepciones, busca enervar los pedimentos de su contradictor.

La jurisdicción *voluntaria* se caracteriza por la ausencia de demandado, la pretensión del actor se encuadra a obtener del órgano estatal una determinada autorización o licencia, en otros eventos, a que una situación de hecho se convierta en situación de derecho.

El ejercicio de la jurisdicción en general, por tanto, de la competencia para el caso concreto, obedece a una estructura piramidal, la cual se establece entre nosotros a partir de la misma Constitución Política, luego la Ley, para el caso la Estatutaria de la Administración de Justicia –Ley 270 de 1996- modificada por la Ley 1285 de 2009; de igual manera, al interior de cada jurisdicción y sus especialidades, los distintos estatutos procesales.

Hoy es pacífico señalar entre nosotros que la *jurisdicción* es una sola, pero dado la diversidad del conflicto intersubjetivo, debemos admitir la existencia de su clasificación, en específico, jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales. La primera a su vez subdividida en especialidades tales como la civil, penal, laboral, familia, agraria, comercial; la segunda clasificación comprende jurisdicciones autónomas en su regulación y alcance, así tenemos por ejemplo la jurisdicción Constitucional, la contencioso administrativa, la penal militar, la indígena, los jueces de paz, entre otras.

Respecto de la jurisdicción y su división por la clase de conflicto a solucionar, la más importante sin lugar a equívoco, es la jurisdicción Constitucional, dado que a ella se someten en últimas las demás jurisdicciones y en la ordinaria, sus especialidades.

Cualquier conjunto normativo o estatuto tanto sustancial como procesal debe ceñirse y acatar la norma Constitucional y lo que ella determine como máxima expresión de libertad individual o colectiva de una nación que se precie democrática. Así, cuando se hace referencia a la justicia Constitucional, o si se quiere, jurisdicción Constitucional, necesario entender y aceptar que ella no solo se cumple a partir de las acciones Constitucionales propiamente dichas, tales como la acción de amparo o de tutela, acciones populares, de grupo, habeas corpus o habeas data,

la denominada “*ordo Iudiciarum privatorum*”. Importante relieves que, en nuestro sistema procesal occidental, o si se quiere, iberoamericano, está plenamente vigente el sistema de “acciones de ley”. Se acude frente al órgano jurisdiccional, cualquiera su especialidad, a demostrar la ocurrencia de unos hechos, los cuales, contenidos en una norma sustancial, traen aparejado una consecuencia jurídica. Por tanto, en estricto sentido, al proceso judicial, incluso el que se sitúe ante la jurisdicción Constitucional, no se viene a probar cualquier hecho, necesario la demostración de aquel que este contenido como supuesto en norma que persiga un efecto jurídico.

además a partir de cualquier acción legal, declarativa o ejecutiva, contenciosa o de jurisdicción voluntaria, actuaciones jurisdiccionales en las cuales, en todo caso, la norma legal a aplicar y la actuación de los sujetos procesales, se deben ceñir a los mandatos Constitucionales.

2 - JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA, ASPECTOS GENERALES

Al hacer mención a la jurisdicción Constitucional en Colombia, necesaria referencia a su existencia en el tiempo. Previo a la promulgación en el año 1991 de la actual Constitución Política, le correspondía a la Corte Suprema de Justicia, mediante sala Constitucional, ejercer lo que se podría entender hoy como la *jurisdicción Constitucional* y por ende, la vigilancia en la aplicación de la norma Constitucional, o lo que es lo mismo a la sala Constitucional de la Corte Suprema le correspondía ejercer función nomofiláctica frente a la norma Constitucional, a la sazón, la Constitución Nacional de 1886, a partir del Acto Legislativo No 3, artículo 41. La precitada reforma a la Constitución de 1886 vino a implementar lo que hoy se conoce bajo la figura de *control de Constitucionalidad*, encargándose de su ejercicio a la Corte Suprema de Justicia. El control se ejercía respecto de proyectos de ley que habían sido objetados por el ejecutivo, igualmente leyes y decretos, los cuales habían sido demandados en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.

El mencionado acto legislativo en su artículo 40 edificó los presupuestos, hoy plenamente vigentes, en lo que se conoce como acción de inconstitucionalidad, al señalar la prevalencia de la norma superior frente a la norma de estirpe legal, primando aquella sobre esta, en caso de ocurrir incompatibilidad entre ambas. Fue la reforma constitucional de 1968, la cual, al interior de la máxima Corporación, creó la Sala Constitucional, la cual tenía función sustanciadora en la medida que tenía como encargo elaborar los proyectos de sentencia que, en aspectos constitucionales, luego decidiría de fondo, la Corte Suprema como juez constitucional.

La Constitución de 1991 escinde la tarea de control constitucional a la Suprema de Justicia, creando en consecuencia, una corporación autónoma, la Corte Constitucional, juez colegiado, que integrado por nueve magistrados, se establece en la máxima autoridad en la jurisdicción Constitucional, cumpliendo principalmente la función nomofiláctica respecto de la norma constitucional, a más de fungir como juzgador de revisión frente a sentencias proferidas en las acciones de amparo constitucional, acción conocida entre nosotros, como tutela.

En Colombia en términos generales, la Corte Constitucional cumple las siguientes funciones, de lo que podría de forma abstracta denominarse sus competencias: i) ejercer la salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política –*función nomofiláctica*–; ii) bajo la forma de selección, revisar los fallos de tutela proferidos por los demás jueces constitucionales; iii) asegurar a todos los asociados, la protección de sus derechos fundamentales.

Necesario señalar que en Colombia el ejercicio de la jurisdicción le corresponde de forma privativa al Estado, quien, a partir de la tridivisión de poderes, la ejerce a partir de la rama jurisdiccional, ello sin perjuicio de específicas funciones jurisdiccionales atribuidas a otras autoridades no jurisdiccionales, es el caso por ejemplo de las ejercidas por la Comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes y el Senado de la República, en la instrucción y juzgamiento de ciertos aforados, ejercicio jurisdiccional, pero con alcances políticos, tal como se desprende de lo normado en los artículos 174 y 175 de la Constitución Política.

A partir de una posición no pacífica referida a los eventos en los cuales ocurría falta de jurisdicción, pero para un caso similar, se determinaba por los jueces la ocurrencia de falta de competencia, ello con las consecuencias disímiles frente al justiciable y la consecuente inseguridad jurídica que conllevaba, la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-662 de 2004 señaló que si bien la jurisdicción es un sola, la que ejerce privativamente el Estado, es dable aceptar la existencia de clasificación de la misma, dependiendo ello de la clase de conflicto que se ventile ante los jueces. Así, reitero la existencia de la jurisdicción ordinaria, la cual se subdivide en especialidades jurisdiccionales, en tanto que, determinó la existencia de las denominadas *jurisdicciones especiales*, dentro de las cuales, la más relevante es la *jurisdicción Constitucional*, dado precisamente sus competencias.

3 - LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, SU FUNCIÓN NOMOFILÁCTICA

Por *nomofilaquia* y, por ende, por función nomofiláctica se debe entender en términos generales la defensa de la norma jurídica, la protección de la misma, la procura real de aplicación bajo un criterio unificado para la realización del derecho objetivo no solo en los procesos de naturaleza judicial, además en toda actuación administrativa en la cual se profiera acto administrativo o decisión vinculante, la cual obliga ya sea a la autoridad o a los particulares.

La función nomofiláctica comprende la defensa de la norma jurídica tanto de estirpe constitucional como legal. Las primeras llamadas a cumplir dicha función son las altas cortes, entre nosotros, la Corte Constitucional en cuanto a la normatividad superior con su carácter prevalente y obligante frente a las demás normas. Respecto de la norma legal dicha función unificadora del criterio, interpretación y alcance normativo en cuanto al supuesto de hecho que la contiene y la consecuencia jurídica que lleva aparejada, la ejercen tanto la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Ahora, consideramos que idéntica función cumple el Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto a la normatividad que regula la función disciplinaria. Dándole un alcance extensivo a la función nomofiláctica, en materia disciplinaria del funcionario público, la ejerce el Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación, mención que se hace oportuna en este escrito, cuando por estos días justamente se ha derogado la ley 734 de 2002, la cual contenía el Código Disciplinario Único. El pasado día 28 de enero de 2019 se promulgó la Ley 1952, por la cual se expide el nuevo estatuto disciplinario del funcionario público.

De forma inadvertida se podría llegar erróneamente a entender que, frente a la norma Constitucional, incluyendo en ella la normatividad que constituye bloque de constitucionalidad, la función nomofiláctica es cumplida entre nosotros, únicamente por la Corte Constitucional. No es así. Si bien dicha corporación se establece como la máxima autoridad para la jurisdicción constitucional, de igual manera los demás jueces del país por sí mismos, son jueces constitucionales a más de sus restantes funciones asignadas por la ley; acertado señalar, por tanto, que la estructura de la jurisdicción constitucional en Colombia se compone tanto por la Corte Constitucional como por los demás jueces del país, incluyendo en juzgador disciplinario. Bajo dicha premisa, la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, como juez de cierre, mediante el precitado recurso extraordinario, a voces del actual Código General del Proceso, cumple una doble función nomofiláctica de un lado, como oficio histórico guardián de la norma de estirpe legal, dado que, dentro de los fines de la casación, le corresponde defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar el agravio irrogado a las partes actuantes en el proceso declarativo con ocasión del fallo recurrido, para el caso la sentencia proferida en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito. A la par con dichos fines, el actual estatuto procesal civil le incorpora otros fines a la casación, estos de estirpe constitucional, asignándole en consecuencia una segunda fun-

ción de nomofilaquia. Son hoy en Colombia fines de la casación lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno y la protección de los derechos constitucionales³.

Con anterioridad el estatuto procesal penal se aseguró incluir dentro de los fines de la casación en dicha especialidad jurisdiccional, una función de protección a la norma y a los derechos de origen y alcance constitucional. Uno de los fines de la casación en materia penal propende por el respeto a las garantías de los intervinientes. A su turno el estatuto procesal penal señala que el recurso de casación procede como control constitucional y legal, contra sentencias proferidas en segunda instancia, cuando el fallo del *ad quem* afecte derechos y garantías fundamentales.⁴

El estatuto procesal contencioso administrativo –CPACA- dispone del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, incluyendo en sus taxativos fines el de garantizar los derechos de las partes y los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida⁵.

Se establece en consecuencia que la función nomofiláctica en materia de la norma constitucional no le corresponde entre nosotros con exclusividad a la Corte Constitucional, o solo a los restantes jueces cuando conocen de la acción de tutela –*acción de amparo constitucional*–, se ha indicado como otras altas cortes a propósito de conocer de recursos extraordinarios, sin lugar a dudas cumplen la especial función de garantizar el cumplimiento u observancia de las normas de estirpe constitucional, por ende, asegurar el cumplimiento al caso concreto, de las garantías y derechos fundamentales. Lo regulado en la normatividad inherente a

3 El Código General del Proceso, artículo 333 establece taxativamente los fines de la casación, con ello determinado los límites de la función nomofiláctica, la cual se cumple mediante el recurso extraordinario de casación. El anterior estatuto procesal civil –CPC- no consagraba como fines de la casación los aspectos constitucionales que se incluyen en el actual estatuto procesal.

4 El Código Procesal Penal –ley 906 de 2004- en sus artículos 180 y 181 norman lo inherente a la finalidad y procedencia del recurso extraordinario de casación, indicando que la afectación de los derechos y garantías fundamentales podrá ocurrir por falta de aplicación, aplicación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso. Nótese la prevalencia en la protección de los derechos fundamentales del condenado, de contera propender por la observancia material tanto de la norma constitucional originaria, como aquella de igual alcance pero que proviene del bloque de constitucionalidad.

5 El CPACA consagra un recurso extraordinario del cual recientemente el Consejo de Estado ha comenzado a desarrollar. De su lectura, contenido y alcance, sobre todo auscultando sus fines, se advierte un parangón con el recurso extraordinario de casación en la jurisdicción ordinaria.

los recursos extraordinarios conocidos tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Consejo de Estado, viene a ratificar que, al referir a la competencia de la jurisdicción Constitucional, no es dable indicar que ello solo se debe circunscribir a las competencias que ejerce entre nosotros, la Corte Constitucional.

4 - COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Bajo la premisa cierta en nuestra organización jurisdiccional, que no solo la Corte Constitucional dispone y ejerce competencia en materia de la jurisdicción constitucional, también es necesario indicar que dicha corporación está a la cabeza piramidal de los jueces que ejercen la competencia derivada de su ejercicio. Bajo esa premisa analizaremos y llegaremos a conclusiones referidas al ejercicio de la jurisdicción constitucional y las competencias que se ejercen en ella.

La primera competencia asignada a este cuerpo colegiado corresponde al conocimiento de la denominada *acción de inconstitucionalidad* la cual podrá ser ejercida por cualquier ciudadano. Mediante esta acción la Corte Constitucional tiene competencia para conocer de las demandas y actuaciones jurisdiccionales establecidas en el artículo 241 Superior⁶.

La acción de inconstitucionalidad solo podrá ser ejercida por personas naturales, como una expresión volitiva propia, de la cual carece la persona jurídica, la cual, como es sabido, se le entiende como un ente ficticio y abstracto en cuanto a su expresión de voluntad, la cual se exterioriza a partir de la intervención de la persona natural que la representa. Por regla, es el ciudadano particular quien se legitima por activa en esta acción, pero nada excluye que ciertos funcionarios públicos, así el defensor del pueblo, impetre esta acción, como en su momento lo señaló la propia Corte Constitucional. Cuando el ciudadano impetra la acción de inconstitucionalidad está ejerciendo un control abstracto, ello en la

6 La Constitución Política en el artículo 241 consagra taxativamente la competencia de la Corte Constitucional a partir del ejercicio ciudadano de la acción de inexequibilidad, cuyo ejercicio no requiere derecho de postulación a voces del artículo 28 del Decreto-Ley 196 de 1971 –estatuto del ejercicio de la abogacía-. Cabe resaltar dentro de la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los siguientes asuntos, los cuales enunciamos arbitrariamente en consideración a su importancia: i) las demandas contra actos reformatorios de la Constitución; ii) demandas contra las leyes, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación; iii) demandas contra los decretos con fuerza de ley, etc.

medida que no busca la injerencia y el pronunciamiento del juez constitucional en un caso específico.

La Corte Constitucional al avocar conocimiento de la acción de inconstitucionalidad, adquiere competencia como un poder-deber de pronunciarse sobre todas las normas demandadas, surgiendo así una especie de *proposición jurídica completa oficiosa* en la medida que no solo debe entrar a estudiar y a confrontar frente a la norma superior, aquellas normas legales que introdujo el ciudadano en su demanda, además, oficiosamente debe analizar y decidir respecto de aquellas normas, que aún, no demandadas, en todo caso conforman un bloque o unidad con aquellas que si lo fueron, se entienden por unidad de materia, inescindibles⁷.

Le corresponde a la Corte Constitucional, atendiendo su competencia en materia de la acción de inconstitucionalidad, pronunciarse cuando se a del caso, respecto de normas legales ya derogadas, cuando para la época de la demanda, aún tienen aplicación en el tiempo⁸.

La Corte Constitucional al fallar de fondo una acción de inconstitucionalidad, dicha decisión hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la cual en la mayoría de los eventos se entiende con alcance material; no obstante, en algunos casos hace tránsito meramente a cosa juzgada relativa, lo cual ocurre cuando la Corte, al decidir de fondo, solo se pronuncia respecto de aquellos artículos, que fueron sometidos a su escrutinio⁹.

La Corte Constitucional también ejerce una competencia de *control preventivo o previo de constitucionalidad*. Ese control previo se ejerce respecto de aquellos proyectos de ley, que luego de ser aprobados por el Congreso, se constituirán en leyes estatutarias; de igual manera control previo de constitucionalidad, respecto de tratados internacionales y las consecuentes leyes por las que se les da aprobación¹⁰.

Dispone igualmente la Corte Constitucional de competencia para ejercer un control posterior, ello en relación con aquellos decretos emanados del ejecutivo, dictados cuando la Nación se encuentre bajo estado de excepción. Dichos Decretos excepcionales reciben el nombre de *decretos legislativos*. Cualquier ciudadano podrá intervenir en el trámite

7 Así lo determina el Decreto 2067 de 1991, artículo 6

8 Así lo determinó por ejemplo la Sentencia C-546/93. Aquí estaremos frente a una especie de ultraactividad de la norma, la cual, aún ya derogada sigue teniendo aplicación material, trayendo la posibilidad real de causar perjuicio al contravenir la norma constitucional.

9 Consultar sobre el particular, la Sentencia C-037/96.

10 Así lo establece el Decreto 2067 de 1991, artículo 44.

ya sea como defensor o impugnante del mismo¹¹.

La Corte Constitucional ejerce una competencia a la cual se le denomina *control concreto de constitucionalidad*, competencia que se materializa entre nosotros, a partir de la acción de tutela, conocida en otros países como acción de amparo. Dicha acción tiene en principio una función residual, así lo determina el artículo 86 constitucional que la contiene. Empero, su regulación en cuanto a procedimiento se encuentra establecido en el Decreto 2591 de 1991. Si bien la Corte Constitucional no conoce de la citada acción de tutela en las instancias, su competencia se circunscribe a la eventual revisión de la sentencia que el juez constitucional profirió en la instancia.

Como se indicó, la competencia frente acciones de naturaleza constitucional, no son de exclusivo conocimiento de la Corte Constitucional, se reitera, los demás jueces del país a más de sus restantes competencias, ejercen competencias constitucionales, así, conocen de la acción de tutela en las instancias, del habeas corpus, las acciones populares y las acciones de grupo.

La Constitución Política en su artículo 237 indica que le corresponde conocer al Consejo de Estado conocer de las acciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Expresamente el ordenamiento jurídico superior le asigna competencia de estirpe constitucional a otro órgano colegiado de cierre, máximo juez en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Aspecto importante de resaltar en la ponencia, se constituye en el hecho mismo que la Constitución o la ley, les asigna competencia a otros jueces distintos a la Corte Constitucional para conocer de acciones o actuaciones procesales tendientes a preservar o salvaguardar derechos de naturaleza constitucional. En capítulo anterior advertimos como dos altas cortes al conocer de recursos extraordinarios, estos contienen dentro de sus taxativos fines, la protección de derechos y garantías fundamentales.

Reiteramos, el CGP al normar el recurso extraordinario de casación, como se establece de otrora, le señala al recurso de cierre unos fines, los cuales determinan la órbita de acción de la función nomofiláctica asignada a la alta corte en materia de la jurisdicción ordinaria. El estatuto procesal anterior –CPC- si bien establecía unos fines para la casación, no

11 Decreto 2067 de 1991, artículo 37. La Corte Constitucional nos recuerda que son tres los eventos en cuales, si llegasen a ocurrir, se configura un estado de excepción: i) ocurrencia de guerra o conflicto exterior; ii) la denominada conmoción interna; iii) la emergencia. Para ampliar el concepto se recomienda la lectura y análisis, entre otras, de las siguientes sentencias: C-004/92; C-027/96.

incluyó en su articulado ninguno con alcance constitucional específico respecto de la protección pretendida, aun cuando se entiende per-se, que toda actuación jurisdiccional de cualquier juez, sea el ordinario o el juez constitucional tienen idéntica finalidad, la protección de los derechos fundamentales, tanto de las partes del proceso como demás intervinientes a quienes se extiende los efectos del fallo –*efectos erga omnes*-. El nuevo estatuto en el artículo 333 al regular los fines del precitado recurso extraordinario, incluye los de *lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno*, de igual manera *proteger los derechos constitucionales*. Sin duda los demás fines de la casación contenidos en el estatuto procesal civil, en últimas, buscan idéntica protección de estirpe constitucional, cuando propenden por defensa de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, controlar la legalidad de los fallos y la tan necesitada unificación de la jurisprudencia nacional, a más de un fin ulterior por el que propende el justiciable, la reparación del agravio irrogado.

Los fines de la casación en materia civil, los cuales propenden por la salvaguarda de derechos constitucionales, se encuentran en consonancia y en idéntica dirección con los contenidos en el estatuto procesal penal colombiano –ley 906 de 2004- en la medida que este estatuto desde el año en cita, dio un giro hacia la constitucionalización del derecho penal, ello en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, de contera privilegiar la efectividad material de los derechos fundamentales de las personas¹².

Las primacías de los derechos fundamentales también se advierten garantizados, o al menos se propugna por ese logro, en el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, establecido en el CPA-CA, artículo 256. Señala la norma que son fines del recurso: asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida, de igual manera cuando fuerte necesario reparar los agravios inferidos a los sujetos procesales. El estatuto procesal administrativo propende en consecuencia por la salvaguarda y prevalencia del derecho sustancial de cada quien, así, garantía de los derechos fundamentales de los asociados.

Cuando la ley le asigna los citados fines al recurso extraordinario, sea la casación, sea el de unificación de jurisprudencia, les está asignando a aquellos juzgadores de cierre, sin duda, una competencia jurisdiccional constitucional, lo que nos permite afirmar sin ambages que al referir a la

12 Sobre el particular se recomienda el análisis de la sentencia C-880 de 2014.

competencia de la jurisdicción constitucional, ésta hoy trasciende la asignada a la Corte Constitucional, o a los demás jueces cumpliendo funciones de juez constitucional; hoy el juez ordinario a partir de sus funciones ordinarias indicadas en la ley, o mediante el ejercicio de recursos extraordinarios, tienen la función, por tanto la competencia como juzgadores constitucionales, dado que deben asegurar en sus fallos de las instancias o como jueces de cierre, la prevalencia del derecho sustancial –artículo 228 C.P.- en concordancia con los artículos 29 y 228 constitucionales. El primero de ellos regulando el debido proceso, el segundo normando la garantía de acceso a la administración de justicia.

5 - JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Las garantías y derechos fundamentales se constituyen hoy en principalísimo objeto y fin del proceso judicial, igualmente en aquellas actuaciones de carácter administrativo, en las cuales se adopten decisiones vinculantes, incluso por vía coercitiva.

En Colombia se promulgó, hoy vigente, la Ley 1480 de 2011, bajo la denominación de “*Estatuto del Consumidor*”.

La modernidad, la industrialización, la tecnología, la publicidad en medios de comunicación transnacionales, las redes sociales, han llevado a la sociedad a obtener mejores y eficientes bienes y servicios, de los cuales somos consumidores, en ocasiones en exceso, generándose así un malsano consumismo. Esas relaciones entre consumidor y proveedor debían regularse, ello a partir de la precitada Ley.

El consumo de ciertos bienes y servicios se establecen mayoritariamente en esenciales, en menor medida, en suntuarios. Cuando se requiere el bien o la utilización del servicio, aún para sustentar la vida, la salud, la educación, la información, recreación, servicios públicos, incluso la dignidad y un grado inadvertido de felicidad, sin duda estamos frente a un derecho fundamental, de carácter colectivo, el cual de contera debe ser regulado y protegido Constitucionalmente.

La Constitucionalización global de los derechos propios del consumidor de bienes y servicios no fue ajena a los Constituyentes de 1991 en Colombia, es así que, al menos dos artículos en específico refieren a dicha protección. El artículo 78 Superior determina que le corresponde a la Ley regular el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que se debe suministrar al públi-

co en su comercialización. Resalta la norma una corresponsabilidad entre el productor del bien o el servicio, junto con quien los comercializa, ello cuando se atente contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Es garantía Constitucional igualmente el hecho mismo que las organizaciones de consumidores y usuarios participen en el estudio de las disposiciones que les concierne¹³. A su vez el artículo 334 Superior determina que le corresponde al Estado la dirección general de la economía, por tanto, deberá intervenir, entre otras materias, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Igualmente, indica la norma, que el Estado intervendrá a fin, todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso a un mínimo de bienes y servicios.

De igual manera, ciertas Superintendencias cumplen dicho mandato Constitucional y Legal, así: la Superintendencia Financiera, la de Servicios Públicos Domiciliarios, Superintendencia Nacional de Salud, El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), la Superintendencia de Puertos y Transporte, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Especial función desempeña en el campo de la protección al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Entre sus funciones en este campo podemos resaltar: i) denuncias y demandas en materia de protección al consumidor; ii) fallas, baja calidad e incumplimiento de garantías; iii) telecomunicaciones; iv) manejo de información personal; v) información engañosa; vi) inconvenientes en el precio; vii) servicios postales; viii) financiación de compras; ix) incumplimiento de servicios ofrecidos. Las funciones en materia de protección del consumidor están dadas en el Decreto 4886 de 2011, artículo 1º, entre otras, velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor; adelantar los procedimientos por violación al régimen de protección del consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales; imponer las sanciones a que haya lugar.

13 En Colombia varias entidades han sido creadas y hoy funcionan con el propósito de velar por el cumplimiento de las normas inherentes a la protección del consumidor, así: Federación Colombiana de Consumidores; Red Nacional de Protección al Consumidor (RNPC), Entre otros, cuya función normativa está encaminada a proteger al consumidor atendiendo el mandato Constitucional, artículos 78 y 334, que encuentran su desarrollo en la Ley 1480 de 2011.

La función administrativa y jurisdiccional que ejerce tanto la SIC como los demás entes aquí citados, se enmarca dentro de la protección de los denominados *derechos sociales fundamentales*, los cuales consideramos son tanto objetivos como subjetivos. Lo primero en la medida que todo asociado en su entorno de manera general y abstracta es un consumidor de cualquier bien o servicio, de manera recurrente o esporádica; lo segundo, porque le corresponde al Estado velar y garantizar el derecho de cada quien, en particular, respecto del bien o el derecho adquirido. Así las cosas, esa protección Constitucional no solo se enmarca dentro de la obligación estatal de dirección de la economía y el acceso equitativo a los bienes y servicios, según lo normado en los precitados artículos 78 y 334 de la C.P., además de aplicación los artículos 2º y 13º Superiores en cuanto a la protección de la vida, honra y bienes de cada quien. En lo procesal, cuando de manera heterocompositiva se pretenda la salvaguarda del derecho del consumidor, se deberá observar los artículos 29º, 228º y 229º Constitucionales; el primero regulando el debido proceso, el segundo la prevalencia del derecho sustancial, el tercero inherente al acceso a la administración de justicia, de que es acreedor todo connacional colombiano o extranjero residente o de paso por el territorio nacional.

La Ley 1480 de 2011 o Ley del Consumidor en Colombia, en su artículo 56º refiere en específico a las acciones jurisdiccionales para la protección del consumidor, ello bajo la forma *heterocompositiva* de solución al conflicto, sin perjuicio de poderse y en ocasiones deberse acudir a formas *autocompositivas* de solución al conflicto, a saber, la transacción y la conciliación, esta última revestida en ocasiones de requisito de procedibilidad frente al eventual proceso judicial. Las más importantes acciones de protección son precisamente de stirpe Constitucional, a saber: Las acciones populares y las de grupo, a su vez reguladas en la ley 472 de 1998. Cuando en específico la reclamación jurisdiccional refiera a la eventual responsabilidad por daños por productos defectuosos, definido ello en la ley, se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.

Cuando se requiera adelantar las acciones de origen Constitucional, como lo son las populares y las de grupo, en lo procedimental se aplicará lo normado por la ley que las rige, vale decir, la ley 472 de 1998. Cuando de adelantar las acciones legales, bajo un trámite contencioso, se aplicará el actual estatuto procesal civil, el denominado Código General del Proceso (CGP), normatividad que vino a reemplazar el antiguo Código de Procedimiento Civil (CPC), norma citada en la literalidad del artículo 56º, parágrafo, del estatuto del consumidor.

En cuanto al trámite propiamente dicho necesario indicar que las acciones jurisdiccionales inherentes a la protección del consumidor deben, por regla general agotar dos requisitos de *procedibilidad*, a saber: i) Cuando se trate de acciones de protección al consumidor es necesario el agotamiento del reclamo directo ante el productor o el proveedor del bien o el servicio, ante de acudir a la SIC o ante el juez ordinario bajo competencia a prevención; ii) En el caso de acudir a la acción por competencia desleal, infracción de derechos de propiedad industrial, se debe agotar el requisito de la conciliación extraprocésal, la regulada en la ley 640 de 2001. Cuando del consumo de servicios financieros se trate, se exige al consumidor financiero agotar el proceso previo de reclamación ante la respectiva entidad, la cual de suyo está vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. No obstante, cuando el consumidor, previo a acudir a la acción jurisdiccional, deba agotar el requisito de procedibilidad, se exonera de lo correspondiente, cuando en el libelo demandatorio vaya a solicitar medidas cautelares de índole patrimonial, las cuales se precisa, en lo posible, practicarse *inaudita parte*.

Ahora bien, en los negocios jurídicos en los cuales intervenga un usuario o consumidor, así, por ejemplo, el consumidor financiero, el usuario del servicio de telefonía o televisión por cable, no interviene por regla general en la elaboración o construcción del clausulado contractual, estándose así, frente a un típico contrato de adhesión, estableciéndose por tanto en la parte débil o vulnerable de la ecuación contractual, colocándolo, por tanto, en circunstancia de especial protección Constitucional, una especie de “*in dubio pro consumidor*”, lo cual se exterioriza por ejemplo en la *inversión de la carga de la prueba*, ello en favor del consumidor, quien atendiendo los conceptos generales de carga de prueba dinámica, solo estará obligado a demostrar el defecto de la mercancía; a su vez, quien fue su proveedor, no así obligado a identificar el fabricante del bien, en la medida que, para los efectos obligacionales se establece una solidaridad entre este y aquel, vale decir, entre fabricante y proveedor¹⁴.

14 En materia de la carga de la prueba, en lo Constitucional, el artículo 29º -debido proceso- indica que las partes de toda actuación judicial o administrativa tienen derecho a aportar pruebas y controvertir aquellas que se aduzcan en su contra, además que es nula de plena derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso. A su turno el artículo 167 del CGP -carga de la prueba- indica que cada parte del contencioso le incumbe probar el supuesto de hecho consagrado en la norma, la cual, a su vez, debe señalar el efecto jurídico que ella persigue, consagrándose inicialmente, la denominada carga estática de la prueba. No obstante, a continuación, establece la posibilidad para el juzgador de dinamizar la prueba, imponiéndole una especi-

Esa especie de “*in dubio pro consumidor*” le permite igualmente al juzgador poder fallar en favor del consumidor de manera *extra y ultra petita*, sin que ello venga a desconocer el principio de la congruencia. Claro está, la norma – Ley 1480 de 2011, artículo 58, numeral 9º- indica expresamente que la SIC o el juzgador que corresponda resolverá sobre las pretensiones de la manera más justa para las partes según lo probado en el proceso.

Como el justiciable no requiere tanto de justicia formal, como sí, de justicia material, indispensable en no menos de las ocasiones de la práctica de medidas cautelares *innominadas*, las cuales vienen a cumplir dos funcionales primordiales, de un lado ser mecanismo anticipatorio de cumplimiento del futuro fallo a proferirse; de otro, ser mecanismo actual de protección de derecho en litigio, evitar su infracción, o la prosecución de las consecuencias dañinas que le causen a quien solicita la cautela, para el caso el consumidor, quien observa como cada día que transcurre, el perjuicio es mayor, en la medida del tiempo que toma el adelantar las distintas etapas de la actuación judicial –*periculum in mora*-. Ahora bien, le corresponde al juzgador su decreto y práctica inmediata, la demora o la paquidermia en su materialización, podrá dar al traste con su efectividad, lo que de suyo implicaría el resarcimiento del perjuicio a quien se le causó por parte del órgano jurisdiccional –*periculum in damni*-.

A manera de colofón consideramos que, la posibilidad del fallo *infra*, *extra* o *ultra petita* en los contenciosos sea de índole Constitucional o legal, en los cuales el conflicto refiera a la inobservancia de las reglas que regulan la actividad de productores, fabricantes y expendedores de bienes o servicios, en relación con el consumidor, deben tener siempre presente, que la parte débil, quien se adhiere a las exigencias y clausulado contractual, es el consumidor, por ello desde el mandato Superior se le busca proteger, y ello deberá ser tenido en cuenta tanto por el juzgador Constitucional, como por el legal, al momento de proferir un fallo de fondo dirimiendo en contencioso, en la medida que en todo caso se debe proteger los denominados *derechos sociales fundamentales*.

fica carga demostrativa, a la parte que tenga mayor facilidad para la demostración de un hecho específico. En materia del derecho Constitucional a la prueba que le asiste al consumidor, consideramos que en el contencioso en el cual intervenga, es penamente posible aplicar en su favor, no solo la dinamización de la prueba, además la inversión de carga probatoria, teniendo en todo caso el juzgador de no caer en el abrupto de la prueba diabólica.



OS COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA E AS MEDIAÇÕES EXTRAJUDICIAIS PARA A REPARAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOS CONSUMIDORES LESADOS

CATHARINE BLACK LIPP JOÃO¹

ALEXANDRE LIPP JOÃO²

1 - INTRODUÇÃO: O MICROSSISTEMA VOLTADO À TUTELA COLETIVA

A vocação arraigada do processo civil à tutela individual se manteve até o final do século XX, a partir do qual só então se passou a pensar em instrumentos aptos à tutela coletiva, cujas lesões atingiam um número expressivo de cidadãos ao mesmo tempo (razão pela qual utilizam-se as expressões *lesões de massa* e *lesões aos novos direitos*) e demandavam mudanças, inclusive na esfera do então sobrecarregado Poder Judiciário. Ainda que a mudança da perspectiva processualista tenha se dado de forma tímida frente às lesões existentes, atualmente já podem ser identificadas, na própria instrumentalização e adoção de normas processuais dispositivas, notórias medidas voltadas ao aprimoramento da prestação jurisdicional coletiva.

O processo civil, desde a edição da Lei nº 7.347/85, a chamada Lei da Ação Civil Pública, também passou a tratar dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Mais adiante, com a edição do Código de Processo Civil, foi disciplinada, no Capítulo II do Título III, a ação civil coletiva voltada à proteção dos direitos e interesses individuais homogêneos. Desta forma, dois sistemas processuais passaram a conviver, um sistema voltado à defesa de direitos individuais e outro voltado à defesa de interesses e direitos coletivos, intitulado de Processo Coletivo.

1 Advogada. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Mestranda em Direito pela mesma faculdade: área de concentração em tutelas à efetivação de direitos transindividuais. Endereço eletrônico: catharinejoao@gmail.com

2 Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP: área de concentração em tutelas à efetivação de direitos transindividuais. Desde 1999 leciona Direito do Consumidor e Ação Civil Pública em cursos preparatórios às carreiras jurídicas da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Professor de Prática Jurídica e Direito do Consumidor no Curso de Graduação em Direito FMP. Endereço eletrônico: alippjoao@gmail.com

Muito se discutiu a respeito da natureza dos direitos e interesses tutelados nas ações coletivas. Hoje, está bem aceita a posição de que os direitos e interesses transindividuais, chamados de direitos e interesses coletivos em sentido amplo, estão situados em uma posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, porque excedem os limites estritamente individuais, embora não sejam definidos como interesses públicos propriamente ditos. Sob o aspecto processual, torna-se relevante o reconhecimento da ordem jurídica de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um processo coletivo, apto a evitar decisões contraditórias e conduzir a uma solução bem mais eficiente da lide, na medida que o processo coletivo é exercido em uma única oportunidade em favor de todos os lesados.

Os esforços são voltados a alcançar um equilíbrio entre a ampliação do acesso à jurisdição e a eficiente solução de conflitos. Nos conflitos coletivos, especialmente nos últimos anos, muito se tem debatido sobre a importância, utilidade e eficácia da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos em juízo, por intermédio de ações coletivas de consumo. A disciplina está prevista no Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, de maneira inovadora para sua época, estabeleceu as regras processuais para reparação dos lesados ou seus sucessores (art. 91); o papel do Ministério Público como autor ou como fiscal da lei (art. 92); a competência (art. 93); a publicação de edital na imprensa oficial, sem prejuízo de ampla divulgação, para chamamento dos interessados (art. 94), que poderão, querendo, habilitar-se como assistentes litisconsorciais (art. 103, § 20); a natureza da sentença condenatória genérica (declaratória da certeza do dano e dever de indenizar todos lesados); a liquidação e execução (arts. 98 a 100). No microsistema jurídico voltado à proteção coletiva, é necessária a integração entre as normas processuais do Título III do CDC e da Lei da Ação Civil Pública (LACP), conforme art. 90 do CDC e art. 21 da LACP.

A sobrecarga do Judiciário, nos dias atuais, tem várias causas, podendo ser apontado desde o próprio crescimento da população, a massificação das relações jurídicas, que se pode visualizar com precisão no mercado de consumo pela adoção de práticas e contratos padronizados, o surgimento de novas tecnologias, bem como uma legislação processual anacrônica e a escassez dos recursos materiais e pessoais na prestação jurisdicional. A partir dessa realidade, os esforços são voltados a alcançar um equilíbrio entre a ampliação do acesso à jurisdição e a eficiente solução de conflitos. Atualmente, formas alternativas de resolução de lití-

gios e redução do número de demandas têm sido apontadas como opções necessárias frente à sobrecarga do Poder Judiciário, de modo a manter hígida a prestação jurisdicional, especialmente diante dos conflitos de massa. a respeito da sobrecarga judicial, veja-se que, em 2018, o Conselho Nacional de Justiça apresentou dados sobre o funcionamento da Justiça, referente ao ano anterior, 2017, que revelam um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva (BRASIL, 2018a).

É nesse contexto que o presente trabalho pretende abordar a solução das controvérsias referentes à reparação dos consumidores lesados por meio do compromisso de ajustamento de conduta e da mediação extrajudicial, notadamente pela perspectiva do Ministério Público, diante da sua convicção obtida através do inquérito civil. Para tanto, será inicialmente apresentada a tutela dos direitos individuais homogêneos pelo processo coletivo, para então examinar o inquérito civil como base para atuação do Ministério Público. A partir disso, será possível analisar a natureza, finalidade e efeitos do compromisso de ajustamento de conduta e a sua possibilidade de prever a reparação dos lesados, bem como a mediação para negociar a reparação dos lesados, notadamente a partir acordos cuja solução foi mediada. Para tanto, a abordagem será desenvolvida a partir do método dedutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico e documental, com base na doutrina processual civil, legislação, análise de casos e jurisprudência dos tribunais superiores.

2 - A TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O CDC disciplina nova ação civil coletiva voltada à reparação de pessoas lesadas a partir da mesma origem, levando o nome de individuais homogêneos, verdadeira técnica criada para otimizar direitos subjetivos de pessoas lesadas a partir da mesma causa. À primeira vista, são direitos subjetivos individuais de pessoas lesadas, com a característica de que a lesão tem origem comum. Assim, a dimensão coletiva assume relevância social e interesse público para o uso da ação coletiva. A ideia é relativamente simples: a toda lesão de massa deve corresponder uma ação de massa. Importante destacar que a aceção origem comum não significa dizer que todos os lesados devem ter uma mesma unidade factual e temporal. A aquisição de automóvel com vício de qualidade por insegurança,

por exemplo, não ocorre no mesmo dia pelos consumidores e nem por isso se exclui o requisito da origem comum.

Sobre a essência e natureza dos direitos individuais homogêneos, esclarece Teori Albino Zavascki que, “embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais” (ZAVASCKI, 2005, p. 42). Trata-se de uma ficção jurídica, “criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa)” (GIDI, 1995, p. 20).

É possível observar que os direitos individuais homogêneos se desenvolvem em dois momentos. No primeiro, o sujeito ativo possui um direito individual originado pela ocorrência de um certo fato, o que passa a ser considerado, em um segundo momento, como direito individual homogêneo, “quando se constata que o direito daquele indivíduo é semelhante ao de vários outros, sendo certo ainda que todos tem uma origem comum, entendida esta como a circunstância apta a estabelecer o ponto de contato entre os indivíduos que integram aquele grupamento social” (PINHO, 2004, p. 133).

Gustavo Osna destaca a importância dessa modalidade de ação coletiva:

Aglutinando direitos individuais, pretensões que seriam julgadas inúmeras vezes por inúmeros magistrados podem ser resumidas em um só processo, passando por uma fase instrutória e gerando uma única decisão. Ganha-se em recursos humanos e materiais, facultando que o magistrado dedique um maior tempo ao litígio e evitando que vários julgadores tenham que decidir sucessivamente sobre casos afins. [...]

De fato, este dado pragmático foi um dos responsáveis pela própria formulação do modelo norte-americano de *class action*, reconhecendo-se, conforme Laughlin, que o mecanismo seria uma solução processual para um problema estrutural do próprio processo; um meio de viabilizar o apreço jurisdicional com menores custos e esforços, em raciocínio exposto por Posner.

Em relação a *class action* do sistema da *common law*, importante destacar que representa a ação coletiva no direito americano, embora não se encontre instrumento idêntico no nosso ordenamento jurídico. No entanto, a *class action for damages* destinada à reparação individual dos danos sofridos, serviu de inspiração para a ação coletiva para tutela de direitos e interesses individuais homogêneos. As *class actions* têm sua origem no *bill*

of peace do direito inglês do Século XVII, traduzindo-se como um procedimento utilizado para propor ou sofrer uma ação por intermédio de partes representativas (*representative parties*). Seus requisitos são semelhantes à atual *class action*, utilizada quando o número de pessoas envolvidas no litígio era grande e os membros do grupo compartilhavam entre si um interesse comum ou quando as partes nomeadas atuavam como representantes adequadas dos interesses daqueles que não figuravam no processo. No âmbito federal, a *class action* americana é regulada pela Regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*, editada no ano de 1938.

É necessária a identificação de uma classe, mas não se exige que todos os seus membros sejam previamente identificados ou identificáveis no princípio do processo. Esta fase é importante para identificar quem deverá ser intimado sobre a existência da demanda e indenizado no caso de procedência. A *class action* deve trazer efetiva economia, não se admitindo caso a solução individual seja mais eficaz. Ainda, o processamento da *class action* passa por uma decisão denominada de certificação, que permite um poder de negociação maior do grupo perante o réu. A certificação exige que a formação do litisconsórcio seja inviável, que existam questões comuns, que o autor seja tido como representante adequado e a pretensão seja voltada ao grupo. A aferição da representatividade adequada é fundamental para que o contraditório se estabeleça e que os efeitos da decisão alcancem todos os interessados. Na *class action* o efeito da sentença transitada em julgado atinge todos os membros da classe, independentemente do resultado.

Nessa mesma linha, a utilização da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos é extremamente relevante, como destaca Sérgio Cruz Arenhart:

A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com a qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para os conflitos em que o valor diminuído do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda, e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas repetitivas, que estriam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular (ARENHART, 2007, p. 216).

Retornando ao exame da ação coletiva para tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, Barbosa Moreira a define como acidentalmente coletiva. A característica é a divisibilidade do direito. É fruto da necessidade de contrapor uma lesão de massa. Se o réu causa uma lesão de massa, não se mostra razoável esperar que apenas os lesados, a título individual, possam buscar reparação. A prestação jurisdicional deve ser ampliada, o que representa economia e agilidade para obtenção da condenação. O artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC define os direitos e interesses individuais homogêneos como sendo aqueles provenientes de origem comum. Diferentemente das hipóteses anteriores, aqui há perfeita identificação do sujeito, assim como da sua relação com o objeto do direito. São direitos subjetivos que nascem a partir da mesma lesão e, portanto, permitem sua defesa a um só tempo.

Essa categoria acaba otimizando o acesso à justiça e a própria prestação jurisdicional, na medida em que todos os possíveis lesados poderão se beneficiar com a sentença em caso de procedência. Além disso, a ação coletiva impede um tratamento desigual a pessoas que se encontram na mesma situação. A isonomia de tratamento é um grande diferencial nessa ação coletiva.

Verifica-se, então, que o reconhecimento da prescrição das ações individuais a partir do ajuizamento da ação coletiva para tutela de direito individual homogêneo era um ponto mal resolvido no sistema, a depender da interpretação jurisprudencial, face à lacuna legislativa existente. Como se viu anteriormente, a ação coletiva evita o ajuizamento ou a tramitação de incontáveis ações individuais, na medida em que ficarão suspensas aguardando o desfecho da ação coletiva. O STJ resolveu a controvérsia - Tema 60, cujo acórdão está assim ementado:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. - Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2. - Entendimento que não nega vigência aos artigos 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei

dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3. - Recurso Especial improvido (BRASIL, 2009a)

Desta forma, se a ação coletiva for julgada procedente, a procedência é transportada às ações individuais, que partem para liquidação e execução. Se a sentença é de improcedência, não atingirá os lesados e suas ações individuais poderão retomar o curso.

Somente àqueles lesados que requereram a habilitação na ação coletiva como assistentes litisconsorciais é que a improcedência fulmina a pretensão individual, conforme artigo 103, § 2º, do CDC.

Assim como os interesses e direitos difusos, a sentença dos individuais homogêneos produz coisa julgada *erga omnes* (artigo 103, inciso III, do CDC).

Diante do que foi exposto, a realidade é que o Judiciário não tem condições de enfrentar as milhares de ações repetitivas, sob pena de evidente sobrecarga, enormes encargos econômicos e maior dificuldade na prestação jurisdicional. É, nesse contexto, que a proteção desses interesses deve ser buscada primeiramente por uma via extrajudicial e, apenas nos casos em que isso não se mostre adequado, pelo ingresso no Poder Judiciário. Entre os instrumentos extrajudiciais aptos para a defesa dos direitos individuais homogêneos, destacam, em decorrência do inquérito civil, tradicionalmente o compromisso de ajustamento de conduta decorrente de inquérito civil e mais recentemente, os quais serão examinados a seguir.

3 - O INQUÉRITO CIVIL E A BASE PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA COLETIVA

Merece atenção especial o art. 90 do CDC, pois, além de prever a aplicação da LACP a tutela do consumidor, faz expressa referência ao inquérito civil. O Ministério Público, mesmo em períodos anteriores à edição da LACP ou CDC, já exercia importante papel na proteção do consumidor e de outros interesses e direitos coletivos *lato sensu*. A Lei Complementar 40/81 (LOMIN) elaborada a partir da previsão sobre o Ministério Público na Emenda Constitucional 7/77, já revogada pela Lei Complementar 75/93 e Lei 8625/93, contemplava atribuição de ajuizar ação civil pública (art. 12, III).

A título de pioneirismo sobre a legitimação, pode-se citar o art. 14 da Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente. Do

ponto de vista histórico, o Ministério Público foi a instituição que assumiu o papel de promover ações civis públicas, inclusive com especialização de suas Promotorias ou Procuradorias. Tal atividade, hoje, mostra-se cada vez mais presente, até porque o cidadão, nas últimas décadas passou a conhecer o papel do Ministério Público e exerce seu direito de petição, apresentando reclamações, requerendo providências e acompanhando seu desfecho.

O inquérito civil, como procedimento administrativo exclusivo do Ministério Público, foi disciplinado no art. 8º, § 1º, da LACP. É instaurado a partir de reclamações, requerimentos de autoridades ou diretamente pelo Ministério Público, sempre que, em tese, a notícia envolva ameaça ou lesão aos direitos e interesses coletivos *lato sensu*. Sua finalidade é voltada a coleta de elementos de convicção para o ajuizamento da ação do civil pública, não sendo meio para aplicação de sanções de qualquer natureza.

Na maioria dos casos, a propositura da ação civil pública é consequência dos elementos de convicção obtidos nesse expediente. Assim, de maneira mais segura e prudente, não se leva ao Judiciário questões mal esclarecidas, duvidosas ou temerárias. Nesse expediente, a partir do poder de requisição e expedição de notificações, obtém-se informações e dados suficientes sobre a existência do dano, seus responsáveis, quais as possíveis providências para prevenção ou reparação. A natureza jurídica investigatória inquisitorial é amplamente reconhecida pela doutrina e tribunais pátrios. Para ilustrar, cita-se o Recurso Especial n. 644.944 do STJ (BRASIL, 2009b).

Instaurado o inquérito civil, são três os desfechos cabíveis: a celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou de convenção de mediação; o ajuizamento da ação civil pública; o arquivamento perante o Conselho Superior do Ministério

4 - A POSSIBILIDADE DE O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PREVER A REPARAÇÃO DOS LESADOS

O compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido pelo art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), permitindo que os órgãos públicos legitimados à ação civil pública pudessem obter proteção aos direitos e interesses coletivos *lato sensu* sem a necessidade de ajuizamento da ação civil pública. Logo após, ainda em 1990, o art. 113 do CDC determinou o acréscimo do § 6º ao art. 5º da LACP.

Tem natureza de negócio jurídico que encerra transação (BRA-

SIL, 2009c), embora o órgão público, no caso Ministério Público, esteja diante de direitos e interesses indisponíveis. Embora indisponíveis, existe espaço para discussão e tratativas com o responsável pela ameaça ou dano, notadamente sobre prazos, modos, meios ou formas de cumprimento dessas obrigações, além dos valores a título de recomposição ou compensação pelos danos causados que revertem, como regra, ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85.

Assim, através do compromisso de ajustamento de conduta, são definidas certas obrigações de fazer, não fazer ou indenizar, temas que, necessariamente, ocupariam pretensões em juízo. A tal respeito, merece destaque a lição de Jose Geraldo Brito Filomeno: “não vemos como impossibilitar-se as composições amigáveis, mormente se tendo em conta que, ao menos na área da defesa do consumidor, a maioria das questões diz respeito a obrigações de fazer ou não fazer” (FILOMENO, 1990, p. 12).

Desta forma, após as tratativas, havendo concordância entre o responsável pela ameaça ou dano e o Ministério Público, no curso do inquérito civil, o compromisso de ajustamento de ajustamento de conduta será celebrado para a proteção (prevenção ou reparação) de danos aos direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Nesse caso, após a celebração do compromisso de ajustamento de conduta, no inquérito civil será lançada promoção de arquivamento, remetendo-se para o Conselho Superior na forma do art. 9º da LACP. No entanto, descumpridas as obrigações, o Ministério Público deverá promover as respectivas ações de execuções.

Como se viu, a partir da edição do CDC foi disciplinada a ação civil coletiva, cuja condenação do réu é genérica (art. 95 do CDC). Essa categoria, diferentemente dos direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, caracteriza-se pela divisibilidade do direito, ou seja, os destinatários são identificados ou identificáveis, e possuem direito subjetivo nascido a partir da mesma origem. É importante a correta compreensão desta categoria jurídica, pois, do contrário, pode-se invadir espaço próprio da tutela individual (BRASIL, 2006). O Ministério Público busca uma sentença condenatória genérica, cuja finalidade é declarar certa a existência do dano e o dever de indenizar.

Uma importante peculiaridade nessa ação civil coletiva é a publicação de comunicados como forma de divulgar e permitir que os lesados, caso assim entendam, habilitem-se como assistentes litisconsorciais. Além do edital, o art. 94 do CDC prevê que os órgãos públicos encarregados da proteção do consumidor poderão divulgar de forma ampla a existência da ação.

Essa ampla divulgação permite que os lesados tomem conhecimento e possam se habilitar ou apenas aguardar o julgamento definitivo. Nesse último caso, poderão promover suas liquidações e execuções individuais, inclusive no foro do seu domicílio, não apenas perante o juízo da ação civil coletiva (art. 101, I, do CDC).

Os lesados, ao se habilitar, expressaram a vontade de estar em juízo, participando da ação civil coletiva e, em decorrência, submetem-se ao julgamento definitivo. Em caso de procedência, a sentença reconhece a condição de lesado e, portanto, credor do fornecedor, permitindo, até mesmo, que o Ministério Público promova a liquidação coletiva em favor dos mesmos (arts. 98 e 99 do CDC). Em caso de improcedência, não poderão ajuizar ações individuais, o que se mostra coerente, pois já deduziram seu direito em juízo na referida ação coletiva.

No entanto, embora o CDC esteja em vigor há mais de duas décadas, o aproveitamento da sentença coletiva ainda é tímido. Igual constatação ocorre em relação à habilitação de lesados na ação civil coletiva.

A partir dessa realidade, podemos vislumbrar o inquérito civil como um instrumento útil para a identificação do maior número possível de pessoas lesadas, até porque muitas delas apresentam reclamação ao Ministério Público.

Nessa situação, os lesados, além de identificados, expressaram sua vontade em obter reparação civil.

Se o compromisso de ajustamento de conduta é celebrado com o responsável pela lesão de massa, este poder assumir obrigação, de forma genérica, de reparar todos os possíveis lesados.

Os lesados, tomando conhecimento do compromisso, poderão demonstrar a extensão da lesão sofrida diretamente ao compromissário, que efetuará o ressarcimento. A cláusula pode prever obrigação de o compromissário divulgar a obrigação aos lesados através de correspondência pessoal, e-mail, publicação na imprensa, nota inserida em boleto de cobrança, ou qualquer outro meio eficaz.

O compromisso tornará certo o dever de reparar e a existência de dano. Havendo divergência, o lesado poderá utilizar o compromisso para ajuizar ação de liquidação e execução individual. Outra opção, em tese, poderia decorrer da comunicação ao Ministério Público sobre a negativa do compromissário em ressarcir os lesados, podendo, então, buscar essa liquidação e execução a título coletivo em juízo.

Além dessa cláusula de reparação genérica, outra cláusula viável, diante da prévia identificação de lesados no inquérito civil, é a obrigação do compromissário reparar esses consumidores, que já expressaram

a vontade de ser ressarcidos, inclusive o *quantum*.

A importância a ser paga poderá ser variável, conforme a situação peculiar e individual de cada lesado, que poderão ser apuradas durante o inquérito civil, especialmente quanto aos lesados já identificados.

5 - A POSSIBILIDADE DE A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NEGOCIAR A REPARAÇÃO DOS LESADOS

A mediação como meio autocompositivo de solução de controvérsias foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro em 2015 pela Lei 13.140. O legislador estabeleceu que podem ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação. Aliás, tal como o compromisso de ajustamento de conduta, o termo final de mediação sobre direitos disponíveis, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial. Se for homologado o acordo em juízo, terá eficácia de título executivo judicial. (artigo 20, parágrafo único).

Entre os elementos positivos desse procedimento alternativo para resolver a questão principal ou questões comuns da controvérsia, percebe-se que “existe menos causa para hostilidade se a disputa é resolvida sem uma declaração formal de um ‘vencedor’ e ambas as partes sentem que tiveram os seus interesses e necessidades principais atendidos”. (HANEMAN, 2011, p. 521). A consequência é que, “ao emponderar os participantes, a mediação produz uma taxa maior de satisfação da parte criando resultados que duram” (THOMPSON, 2004, p. 510).

A esse respeito, é preciso destacar que o mediador, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei 13.140/15, é um terceiro que não tem poder sobre a decisão em si, mas que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Assim, o mediador “busca engajar as partes em um conjunto estruturado de discussões levando ao acordo. Porque o objetivo é o acordo das partes, o mediador não decide sobre os direitos e injustiças da disputa ou diz às partes o que fazer” (YEAZELL; SCHWARTZ, 2015, p. 367). Como é um terceiro, isto é, não possui um envolvimento na disputa em si, possui um papel fundamental para o auxílio na comunicação entre as partes e para a análise das circunstâncias.

Frisa-se que, uma vez verificada a homogeneidade e a causa co-

mum, o tratamento coletivo conferido a estes direitos decorre tão somente de uma política legislativa, não alterando a sua essência individual e divisível. Lembra-se, inclusive, que os direitos individuais homogêneos não dependem do grupo para serem tutelados em juízo ou fora dele, podendo sê-lo pelos próprios interessados, individualmente. É essa marca da individualidade que permitiria a mediação da questão, pois “esses direitos em litígio permanecem disponíveis, na medida em que a homogeneidade não altera a sua natureza” (MARIANI, 2013, p. 53), o que não se modificaria sequer quando a ação coletiva fosse ajuizada pelo Ministério Público em razão do chamado “interesse social”, porquanto “os direitos individuais homogêneos que gozam desse atributo (‘relevante interesse social’) permanecem sendo disponíveis aos seus titulares” (MARIANI, 2013, p. 56). Além disso, com relação à marca do interesse público que é carregada pelas ações coletivas *lato sensu*, convém esclarecer que isso não implica necessariamente na indisponibilidade do direito em causa. É fundamental esclarecer que o interesse público envolvido nesses interesses e a sua regulação por normas de ordem pública podem ser percebidos como elementos que não impedem a disposição da tutela ressarcitória do direito, mas tão somente impõe algumas particularidades ao procedimento, em comparação às típicas mediações comerciais. Entre elas, cita-se a participação obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica quando não for autor do feito diante do interesse público, a admissão da intervenção de lesados como assistentes, a necessidade de publicidade para que os interessados estejam cientes do procedimento que diga respeito aos seus direitos.

É bem verdade que nos casos das demandas ressarcitórias envolvendo direitos individuais homogêneos normalmente o evento lesivo se manifesta de maneira avulsa e independente de uma relação jurídica base. Tanto o é que, nos casos de acidente de consumo (fato do produto ou do serviço), todas as vítimas de um evento danoso se equiparam aos consumidores propriamente ditos para fins de indenização, sendo que, justamente por terem sofrido certa lesão, trata-se de titulares de um direito indenizatório, embora não tenham participado de nenhuma relação de consumo, conforme o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, quanto à forma de instauração da mediação e arbitragem para esses casos, as partes só poderiam convencionar a sua instituição através de compromisso de mediação ou de arbitragem.

Para Sarah Merçon Vargas, diante dessa configuração dos direitos individuais homogêneos, “há alta probabilidade de que tais preten-

sões tenham origem em relação apenas circunstancial, hipótese em que a mediação deixaria de ser recomendada” (VARGAS, 2012, p. 131). Não obstante, embora a demanda que envolve os direitos individuais homogêneos, tal qual no caso dos direitos difusos, seja pouco subjetiva para se beneficiar das qualidades da mediação de manutenção das relações e de enfrentamento dos sentimentos das partes, a própria autora reconhece que existiriam hipóteses em que os notáveis predicados também se operam no âmbito desses interesses, quando “apesar do tratamento coletivo do conjunto de pretensões individuais, haja oportunidade e conveniência para a realização de sessões de mediação com os indivíduos -e não com o legitimado coletivo- ainda que para resolução de apenas um aspecto do conflito”(VARGAS, 2012, p. 130)

Cita-se a criação da Câmara de Indenização 3054 (“CI 3054”), para fins de viabilizar o pagamento das indenizações aos beneficiários das 199 vítimas que perderam suas vidas no acidente aéreo do voo TAM 3054 em 2007. Segundo Diego Faleck, ante o fato de que estavam envolvidas emoções extremas das famílias e uma atenção nacional intensa, “o caso, sem sombra de dúvida, é um exemplo extremo de conflito coletivo, considerado por muitos, à época, um problema intratável pela via amigável” (FALECK, 2010, p. 10). Não obstante, diversas autoridades de proteção ao consumidor -como a Defensoria Pública, o Ministério Público e o PROCON do estado de São Paulo e a Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça-, junto aos beneficiários, à empresa aérea, à seguradora e aos resseguradores, se empenharam durante meses para buscar uma solução ao caso, criando um sistema de indenização.

A partir da criação da CI 3054, as partes beneficiárias da indenização preenchiam o formulário de ingresso, comprovando o vínculo com a vítima do acidente fatal, o que era remetido as empresas indenizadoras, para, então, serem realizadas reuniões entre as partes até que fosse possível a apresentação da proposta de indenização, cuja aceitação poderia se dar em até 30 dias. Observa-se o importante papel da Divisão de Assistência (“DA”), composta por observadores/mediadores na medida em que, “após o ingresso dos requerimentos, nas mencionadas reuniões entre os beneficiários das vítimas e as empresas indenizadoras, as observadoras estavam sempre presentes e funcionavam como mediadoras, assistindo as partes nas negociações” (FALECK, 2010, p. 29).

Com relação aos resultados da CI 3054, observa-se que “em 14 meses, o programa processou 59 requerimentos e indenizou 207 familiares, referentes a 45 vítimas, com parâmetros semelhantes às mais fa-

voráveis decisões dos tribunais pátrios” (FALECK, 2010, p. 31). Além disso, considera-se que o impacto da CI 3054 foi positivo para o conflito de modo global, pois “a DA atendeu cerca de 200 familiares que não ingressaram formalmente na CI 3054 e já haviam adotado medidas judiciais [...]. a DA ofereceu informações e critérios que tiveram impacto na celebração de acordos na quase totalidade das mencionadas ações judiciais” (FALECK, 2010, p. 31).

Após essa experiência ter sido implementada com sucesso, ela serviu de base para a elaboração – pelos beneficiários, empresas indenizadoras, Ministério da Justiça e Ministério Público e PROCON do Rio de Janeiro – do Programa de Indenização (“PI 447”) extrajudicial destinado aos beneficiários das 57 vítimas brasileiras, entre as 228 falecidas pelo acidente aéreo do voo 447 da Air France, que caiu no oceano Atlântico, em 2009. A partir do PI 447 também foi criada uma câmara específica, na qual as reuniões entre as empresas e os beneficiários contava com a presença do observador/mediador, cujo papel “em sistemas como o PI 447 é de fundamental importância, pois é figura neutra e isenta, que personifica e humaniza o sistema” (ARAUJO; FÜRST, 2014, p. 344). Com relação aos resultados, considera-se que o índice de 98,8% de acordos realizados no âmbito do programa foi positivo, pois o PI 447 “promoveu a indenização de cerca de 80 beneficiários de 19 vítimas do acidente (número equivalente a precisos 1/3 das vítimas brasileiras ou estrangeiras residentes no Brasil), em uma média de 3 a 4 meses contados do ingresso no Programa até o efetivo recebimento da indenização” (ARAUJO; FÜRST, 2014, p. 346).

De qualquer forma, não é apenas nos casos em que estejam diretamente envolvidos os sentimentos das partes que a mediação de direitos individuais homogêneos se observa como uma medida benéfica para resolução da controvérsia. Isso porque a mediação é um procedimento de solução mais rápida para causas complexas envolvendo interesses de diversos grupos de consumidores. Merece ser examinada a hipótese de recente mediação coletiva sobre direitos individuais homogêneos que trata do caso dos expurgos inflacionários de planos econômicos, para o qual, a fim de alcançar o acordo, foram necessários 50 encontros mediados pela Advocacia Geral da União, buscando aproximar os interesses das instituições bancárias dos poupadores e do próprio Sistema Financeiro Nacional.

Consoante a cláusula terceira do acordo alcançado, foi estabelecido que o objeto do instrumento, relativo aos contratos de depósito voluntário em caderneta de poupança, consistiria na transação amigável em que os bancos

pagariam aos poupadores os valores correspondentes aos Expurgos Inflacionários de Poupança, em contrapartida ao fato de que as ações individuais dos poupadores e as ações coletivas que tivessem tais expurgos por objeto seriam extintas. Assim, sustentou-se, em sede de petição de homologação do acordo perante o Poder Judiciário, que a sua celebração se deu em conformidade com a necessária disponibilidade do direito a ser transacionado, porquanto “na espécie, o consenso foi formado em torno de direito patrimonial (individual homogêneo), qual seja, a quantia discutida em processos judiciais de expurgos inflacionários de planos econômicos. Trata-se, assim, de direito patrimonial, disponível e divisível” (BRASIL, 2018b).

As partes negociantes explicaram, com relação aos sujeitos envolvidos, que “diante da existência de milhares de poupadores titulares de direitos individuais homogêneos, viu-se a necessidade de se reunir as entidades da sociedade civil que mais amplamente atuam na defesa dos consumidores para falarem em seu nome” (BRASIL, 2018b). Assim, a representatividade dos atores na mediação, para fins de considerar os milhares titulares do direito, deu-se pela coalisão do IDEC e da FEBRAPO (que, por sua vez, representava várias entidades civis), enquanto as entidades bancárias foram representadas pela FEBRAN e entidades da sociedade civil que possuíssem ações coletivas em curso ou, em nome próprio ou mediante representação, com fase executória em andamento.

Sobre os poupadores beneficiados pelo acordo e as ações civis públicas por ele abrangidas, foi elucidado que a adesão seria vantajosa para os poupadores (espólio/herdeiros) que já tivessem ajuizado ações dentro do prazo prescricional e que aderissem voluntariamente à avença. Ressalvou-se que as ações individuais de cobrança ajuizadas após vinte anos da edição de cada plano foram consideradas prescritas, conforme tese firmada no julgamento de recurso especial pelo rito dos repetitivos. Já em relação às ações civis públicas que não estivessem prescritas, identificou-se que os seus autores -que estavam sendo representados no acordo diretamente pelo IDEC ou por meio da FEBRAPO- seriam considerados como possíveis aderentes ao acordo, ainda que não filiados às associações autoras e dentro do âmbito de abrangência territorial de cada ação coletiva, desde que tenham se habilitado, com execuções/cumprimentos de sentença, definitivos ou provisórios, dentro do prazo prescricional de 5 anos contados do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação civil.

Tal petição de homologação do acordo coletivo foi dirigida ao Supremo Tribunal Federal, onde tramita a Ação de Descumprimento Fundamental n° 165, na qual a requerente (CONSIF) pretendia obter

a declaração da validade constitucional dos Planos econômicos, ante a existência de longa discussão judicial acerca dos expurgos inflacionários decorrentes da implementação do Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II. Não obstante, ao analisar o pedido de homologação do acordo, o tribunal enfatizou que “a publicidade é o cerne do processo coletivo e que somente a partir do conhecimento das cláusulas e condições do referido contrato é que os interessados poderão fazer livremente a sua opção” (BRASIL, 2018c). Daí porque, sem homologar o referido acordo, entendeu por bem determinar a publicação, no diário oficial, da petição de homologação e do Instrumento de Acordo Coletivo -cuja visibilidade “representa a garantia de transparência e de efetivo controle democrático por parte dos cidadãos” (BRASIL, 2018c).

Após a realização das publicações referidas, nos termos definidos no acórdão, o tribunal passou a considerar novamente a questão da homologação do acordo, diante do que, nota-se, foram entendidas como cautelas necessárias a serem objeto de análise notadamente a representatividade adequada das partes; a publicidade ampla dada a todos os atos processuais e ao acordo coletivo; a admissão de inúmeros *amici curiae*; a fiscalização do Ministério Público como custos legis. Ao final, entendendo que as circunstâncias fáticas eram recomendáveis para tal, o tribunal, por unanimidade, homologou o acordo, que possibilita aos interessados aderirem ou não a este, conforme a conveniência de cada um (BRASIL, 2018d).

6 - CONCLUSÃO

O surgimento de instrumentos voltados à proteção de direitos e de interesses transindividuais decorre da nova realidade social, cultural e econômica que vai se definindo a partir da segunda metade do século passado. Atualmente, as chamadas lesões de massa se multiplicam cada vez mais. Como foi examinado anteriormente, a nova realidade impulsionada pelos avanços científicos e tecnológicos, marcadamente da chamada sociedade de consumo, implicou em uma gama de novas necessidades, como a proteção ambiental, do consumidor, da ordem econômica, da ordem urbanística, da criança e adolescente, do torcedor, das pessoas com deficiência, do patrimônio público e cultural, da improbidade administrativa, dentre outros com dimensão transindividual ou individual homogênea.

O processo coletivo se mostra adequado a fazer frente a essas novas lesões aos direitos sociais próprios da sociedade moderna, além

de reduzir os custos e econômicos na prestação jurisdicional, obter julgamentos uniformes, evitando decisões contraditórias e, com isso, prestigiar a segurança jurídica. Portanto, o eixo central do processo civil passa do indivíduo para o coletivo: as ações coletivas ocupam o estudo dos doutrinadores e o legislador edita a Lei da Ação Civil Pública e o CDC, disciplinando as ações coletivas. O surgimento desse microsistema, a partir da Lei da Ação Civil Pública e CDC, resultou em um grande incremento na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos relativamente à defesa do consumidor, meio ambiente, ordem urbanística, dentre outros temas. É necessário um esforço do Ministério Público e do próprio investigado na prevenção ou reparação do dano. E, nesse caminho, há possibilidade de aperfeiçoar os instrumentos constitucionais e legais conferidos ao Ministério Público (art. 129, III, VI, VIII e IX, da CF; art. 25. inc. IV, da Lei 8.625/93, arts. 5º, § 6º, 7º, 8º, §1º, 9º e 10 da Lei 7.347/85).

Esse é o cenário em que o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta e a mediação extrajudicial encontram-se inseridos. Busca-se dar tratamento ágil aos conflitos massificados, que tenham a mesma questão de direito e de fato, levando a mesma solução jurídica a todas as pessoas lesadas, atribuindo segurança jurídica, redução de litigiosidade de massa, celeridade e uniformidade são as suas qualidades.

Embora complexa a tratativa e a estrutura do compromisso e da mediação extrajudicial, especialmente pela necessidade de identificação de lesados e obtenção de informações sobre a importância pretendida a título de reparação pelo cidadão lesado, ou mesmo a concordância do responsável pelo dano em assumir obrigação de reparação genérica, não pode descartar a sua utilização, pois o resultado é muito efetivo, além de representar uma solução com eficácia de título executivo extrajudicial.

Não se pode descartar as hipóteses onde o causador da lesão não deseja responder uma ação civil coletiva, seja pelo desgaste da imagem, seja pelo reconhecimento da boa-fé, seja pelas despesas processuais que poderão ser vultosas. Desta forma, diante de uma lesão de massa (origem comum), resta evidenciada a presença de relevância social e interesse público na proteção dos lesados por intermédio do compromisso de ajustamento de conduta e da mediação extrajudicial, dispensando-se a propositura da ação civil coletiva.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádía de; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 337-351, jan./fev. 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL, Advocacia-Geral da União, et al. Termo de acordo da Ação de Descumprimento Fundamental nº 165, *Diário Oficial da União*, Brasília, Imprensa Nacional, ano 155, n. 123, 1 fev. 2018b.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais. 2018a. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>. Acesso: 09 abr. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 236.161 – DF. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: WM Construções e incorporações Ltda. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, 06 abril de 2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 644.944 – SP. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Joe Vieira da Silva. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 03 de novembro de 2009b.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 802.060 – RS. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lia Shardong. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de dezembro de 2009c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo n. 1.110.549 - RS Recorrente: Edviges Mísleri Fernandes. Recorrido: Banco Santander S/A. Relator: Ministro Relator Sidnei Beneti. Brasília, 28 de outubro de 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 165 - DF. Decisão sobre pedido de homologação de acordo coletivo. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro, CONSIF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 15 de fevereiro de 2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 165 - DF. Decisão Referendada. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro, CONSIF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 de março de 2018d.

FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: câmara de indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 23, p. 07-32, jul./set., 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Ação civil pública (consumidor): execução de liminares, medidas cautelares e sentenças. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 149, n. 52, jan./mar. 1990.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

HANEMAN, Victoria J. The inappropriate imposition of court-ordered mediation in will contests. *Cleveland State Law Review*, Cleveland, v. 59, n. 4, p. 513-535, 2011.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (org.). *Coleção o novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PINHO, Humberto Bernardina de. Direito individual homogêneo (uma leitura e releitura do tema). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n 25, p. 123-136, 2004.

THOMPSON, Peter N. Enforcing rights generated in court-connected mediation- tension between the aspirations of a private facilitative process and the reality of public adversarial justice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, v. 19, n. 2, p. 509-572, 2004.

VARGAS, Sarah Merçon. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. 2012, 186 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

YEAZELL, Stephen C.; SCHWARTZ, Joanna C. Civil procedure. 9. ed. New York: Wolter Kluwer, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

INTERVENCIONISMO E RELAÇÕES DE CONSUMO. LIMITES NECESSÁRIOS AO CONSUMIDOR PARA GARANTIR A SEGURANÇA E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

GERSON DE BARROS CALATROIA¹

1 - INTRODUÇÃO

Liberalismo e Intervencionismo foram as doutrinas que, juntamente com o movimento consumista surgido a partir da Revolução Industrial, influenciaram e moldaram definitivamente a forma de atuação do Estado na regulação e controle das relações entre particulares.

Tal modificação foi necessária principalmente pela derrocada do regime liberal que acreditava que um mercado livre, sem regras e sem interferências do Estado seria possível de se manter. Desta concepção, advinda principalmente da época da Revolução Francesa, evoluímos para um mercado que é controlado e limitado pelo intervencionismo em matérias econômicas, legislativas e judiciais.

Este trabalho procura responder ao seguinte problema: Há limites e segurança jurídica na intervenção do Estado nas relações de consumo? Utilizando-se do método dedutivo, com o emprego de material bibliográfico de autores nacionais e estrangeiros, este artigo não tem a pretensão de exaurir o tema, mas de contribuir com o debate doutrinário acerca do intervencionismo.

Através da exposição dos contornos que levaram ao Estado a agir intervindo nas relações entre particulares e em especial, nas relações de consumo, abordaremos como se desenvolveu o Estado intervencionista no Brasil e, em seguida, apresentaremos algumas linhas sobre o Direito do Consumidor e como as interferências ocorrem neste campo.

Ao final será possível ao leitor compreender o tema proposto chegando às conclusões decorrentes do desenvolvimento do texto.

1 Advogado, Máster en Derecho pela Universidad de Salamanca na Espanha e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho – Uninove, Doutorando pela Universidade de Salamanca. É professor de ensino superior lecionando as disciplinas de Direito Constitucional e Direito Administrativo. Possui experiência como orientador de monografias para apresentação do trabalho de conclusão de curso (TCC) e como tutor nas disciplinas em EAD. Investiga temas relacionados ao Acesso à Justiça; a Efetivação das garantias fundamentais constitucionais e Meios alternativos de resolução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem).

2 - CONTEXTO HISTÓRICO E O SURGIMENTO DO INTERVENCIÓNISMO

Nos dias atuais, as relações entre os particulares, em especial as de consumo, apresentam características que se consolidaram conforme a evolução do tempo. Nessa evolução, as formas de contratação, da realização de acordos, de compra e venda de mercadorias, entre outras, foram alteradas de forma radical passando de um Estado que não intervinha nos tratos entre particulares para um Estado, em nome do “social”, que intervé e impõe regras a todos. Nestes primeiros itens veremos esta evolução histórica, dando subsídios ao leitor para entender toda a problemática.

3 - LIBERALISMO

Por ser fruto de um desenvolvimento histórico, como veremos a seguir, não é possível conceituar de forma perfeita o que seria o Liberalismo. Suas raízes parecem estar relacionadas à época de Péricles e a sua democracia juntamente com a ideia da República Romana de Cícero. (MACEDO, 1995, p. 24)

Neste item nos ocuparemos em estudar algumas linhas sobre o liberalismo clássico.² Avançando no tempo, em uma época de desenvolvimento de diversas ideias que são aplicadas no mundo atual, o século XVII, em diversos países e, mais especificamente, na França, vigorava o regime monárquico de governo (DALLARI JUNIOR, 2008, p. 35-37), no qual o soberano concentrava todo o poder, representando e agindo pelo Estado, e em muitas das vezes, agindo com abuso, como por exemplo, na cobrança de impostos.

Assim, o monarca possuía em suas mãos poderes, tais como, a elaboração de leis, a administração e a justiça que anteriormente pertenciam aos senhores feudais e às instituições eclesiásticas, sem que tal concentração fosse considerada um Estado, como conhecemos nos dias atuais, já que o rei governava sozinho, ou melhor, com o apoio de diversos conselheiros. A implantação do absolutismo na França ocorre a partir de 1610 e se consolida durante o decorrer do século XVII, principalmente a partir do reinado de Luiz XIV, o “rei Sol”. (JIMÉNEZ, 2005, p. 67)

Como consequência da forte centralização de poder, dos constantes abusos e dos ideais dos pensadores, John Locke, Rousseau, Kant, Montesquieu, Voltaire, entre outros, a monarquia francesa entra deca-

2 Idem p. 27. Entendido como o ocorrido entre 1690 e 1859.

dência durante o século XVIII e a insatisfação da burguesia, classe então dominante, acabou pondo em marcha a revolução francesa de 1789, que foi mais do que um simples levante de massas, pois é na revolução francesa, que o Estado surge para ser controlado constitucionalmente e através de eleições populares periódicas, tendo como lema principal “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”, deixando de ser controlado por um poder único. É neste momento que a clássica teoria de separação dos poderes surge, transformando a forma de governar, fórmula que persiste até os dias atuais. (SCHILLING, 1998, p. 73-74)

Surgiu o que os doutrinadores chamam de “Estado moderno”, em um verdadeiro conjunto de fatos e fatores que consolidaram sua fórmula.

O entendimento sobre o significado e a formação do Estado é fundamental para entendermos o Liberalismo. Rafael Jiménez Asensio, (JIMÉNEZ, 2005, p. 21) citando José Antonio Maravall, esclarece que além da importância do aparecimento do fenômeno do constitucionalismo, de Estados governados sob leis constitucionais, é necessário considerar que na construção do Estado Moderno, o Direito, a criação de exércitos regulares e a configuração de uma administração que foi criada juntamente com uma burocracia para atuar em tarefas de arrecadação, contribuíram muito para o processo de formação do Estado moderno. Deriva, portanto, de um conjunto de fatores favoráveis sem os quais não seria possível sua concretização, sendo estes, segundo Rafael Jiménez Asensio (JIMÉNEZ, 2005, p. 21), os mais importantes, tais como: o pensamento de Maquiavel, com a obra “O Príncipe”, Bodino com a construção do conceito de soberania na obra “Os seis livros da República” e Hobbes com “Leviatã”; a crise do sistema feudal, do papado e do império juntamente com um processo lento de muitos anos nos quais as formas antigas de organização política, as cidade Estado, com os primeiros Estados Europeus; fatores religiosos como as constantes crises dos cristãos e o surgimento do protestantismo; entre outros fatores.

Para os doutrinadores brasileiros diversos são os conceitos formulados e citamos alguns que consideramos os mais importantes. Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, 2007, p. 100-101) entende o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.” Já para Sahid Maluf (MALUF, 1999, p. 21-22) “O Estado é o órgão executor da soberania nacional” Kildare Gonçalves de Carvalho (CARVALHO, 2008, p. 65), ensina que: “O Estado, modo específico de organização política, é a base do Poder. Encarna o Princípio da Ordem e da coerência sobre o qual assenta a sociedade. É

o estado que possibilita a integração e a unificação social.” Nos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 1999, p. 4): “(...) um Estado não é senão uma modalidade muito recente na forma de a humanidade organizar-se politicamente. (...) O Estado - entendido portanto, como uma forma específica da sociedade política - é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder.”

O Liberalismo surge de forma gradual principalmente em oposição ao absolutismo em uma época na qual predominava o regime econômico do mercantilismo, pressupondo a existência de um Estado no qual concede favores e privilégios a certos grupos na sociedade, para que por meio destes, possa ser promovido o desenvolvimento e a redistribuição de renda. Ocorre que tal proposta, acabou se tornando um jogo, no qual quando um ganha, alguém acaba perdendo, ou seja, se uma nação é muito rica é porque há outra muito pobre. (STEWART JR., 1990, p. 19)

Nos Estados Unidos, os primeiros traços do Liberalismo são encontrados nos papéis dos Federalistas, nas concepções dos constitucionalistas que acabaram refletidas na constituição americana, um documento que proclama o direito à vida, à liberdade, além da perseguição da felicidade e na “Bill of Rights” de 1780. (GRAY, 1995, p. 23)

As ideias do Liberalismo foram se difundindo e em textos na Europa e na América, através de textos de autores como Benjamin Constant, J.J. Rousseau, David Hume, Montesquieu, Emanuel Kant, Alexis de Tocqueville, J. Stuart Mill, todos influenciados pelas ideias de John Locke. (MACEDO, 1997, p. 20)

John Locke, considerado por muitos como o “pai do liberalismo”, possuía a convicção que todo sujeito é titular dos direitos à liberdade e à propriedade, sendo que tais prerrogativas antecedem o surgimento de um governo, já que este é resultado da associação livre, para que possam obter um nível maior de proteção de seus direitos. (LOCKE, 2001, p. 132)

Michael Zuckert, em artigo sobre o Liberalismo (ZUCKERT, 2007, p. 266-268), indica que o modelo original, de John Locke, possuía seis funcionalidades possíveis de serem identificadas: a) o racionalismo, b) direitos, c) igualdade, d) fim dos governos, e) O consentimento e o direito de revolução, f) constitucionalismo. Mas o modelo de Locke, na verdade, foi acrescido e modificado em três particularidades no século XVIII. Montesquieu com sua obra, “Espírito das leis”, desenvolveu a questão constitucional e propôs a teoria da separação dos poderes. Desenvolveu as implicações da utilização econômica de uma política liberal, no comércio. A segunda modificação do liberalismo foi efetuada pelos independentistas america-

nos que propuseram uma ordem totalmente republicana que, na verdade, significava uma democracia representativa. A modificação final foi realizada através das ideias de Adam Smith, com a demonstração do papel dos mercados, não só na produção de riqueza, um dos objetivos do liberalismo original, mas também em servir a liberdade.³

As ideias de Adam Smith que interessam para este estudo estão relacionadas à filosofia e aos princípios de política econômica, que decorrem dessa filosofia, e são os alicerces necessários para estudar a evolução do liberalismo. Acreditava, este autor, que existia uma ordem natural que seria superior a qualquer ordem artificial criada pelo homem, e que as organizações deveriam conduzir seus passos de acordo com a ordem natural. Por acreditar em um equilíbrio na ordem natural, Adam Smith cunhou a famosa ideia de “uma mão invisível o conduzia a favorecer um fim que não entrava no seu propósito” demonstrando desacreditar que uma intervenção humana na economia, entendendo-se aqui como a intervenção do Estado na economia, pudesse ser mais eficaz do que as leis de mercado. Os propósitos do Estado, então, seriam “o dever de defender o país contra a agressão estrangeira; (...) o dever de estabelecer boa distribuição de justiça; (...) manter obras públicas e instituições que um indivíduo ou um grupo de indivíduos não manteriam por falta de remuneração adequada.”, além de acreditar que o Estado deveria também garantir a “paz dentro e fora do país, justiça, educação e um mínimo de empreendimentos públicos, como estradas, pontes, canais e portos(...)” sendo que nas demais intervenções a “mão invisível”, estaria mais preparada. (ROLL, 1973, p. 126-137)

Atribui-se a Adam Smith, portanto, a responsabilidade por aprofundar a abordagem sobre a atuação dos mercados, ao publicar a obra, “A riqueza das nações”. Suas ideias indicam ainda a necessidade de desregulamentação e privatização das atividades que o Estado desempenha, deixando somente as necessárias. (MORAIS, 2001, p. 13)

Numa economia de mercado, os empresários estão sujeitos às vontades dos consumidores, devendo produzir exatamente o que lhe é demandado, na necessidade, qualidade e na quantidade exigida pelos compradores. Se o empresário não está atento e não segue as exigências do mercado, este simplesmente desaparece do mercado ou será substituído por outro que atenda às vontades dos consumidores.

Segundo Von Mises os consumidores são: “São patrões impiedosos, cheios de caprichos e fantasias, instáveis e imprevisíveis. Para eles, a

3 Idem p. 268

única coisa que conta é sua própria satisfação. Não se sensibilizam nem um pouco com méritos passados ou com interesses estabelecidos. Se lhes for oferecido algo que considerem melhor e que seja mais barato, abandonam os seus fornecedores habituais. Na sua condição de compradores e consumidores, são frios e insensíveis, sem consideração por outras pessoas.” (MISES, 2010, p. 329)

O liberalismo, no seu auge, proporcionou àqueles que a vivenciaram um aumento da qualidade e de expectativa de vida, conjuntamente com o aumento do conforto material, que nunca se havia experimentado até então. O progresso da economia reduziu o número de morte de nascituros, propiciou o aumento da oferta de emprego, incrementou a produtividade das indústrias e empresas. Segundo Donald Stewart Jr., até mesmo Karl Marx, em seu “Manifesto comunista”, reconheceu o triunfo do capitalismo, na era liberal. John Gray, também exalta os resultados positivos: “Nas primeiras décadas do século XIX, foi registrado um aumento considerável da população, do consumo de bens de luxo e dos rendimentos, o que dificilmente pode ser compatível com o mito histórico da depauperação das massas relatada por Marx e muitos autores conservadores.” (GRAY, 2009)

O sucesso do Liberalismo acabou levando-o ao seu declínio, pois com a grande geração de riqueza no capitalismo, nunca antes experimentada, a conquista de poucos passou a ser exigida como direito de todos. Isso ocorreu em grande parte, pelo sucesso das ideias de Marx e a divulgação delas pelos seus discípulos no mundo todo. (STEWART JR., 1990, p. 22)

4 - INTERVENCIONISMO

A primeira guerra mundial, a revolução russa e com a constituição do México do ano de 1917⁴ e a alemã de Weimar de 1919, e as disposições sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e social, conjugados com a crise de 1929, o Estado passa a interferir mais na vida econômica e social de seus cidadãos.

Os Estados passaram a se preocupar mais com os abusos praticados na recém era industrial e liberal impondo limites ao direito de propriedade, liberdade contratual e instituições básicas da propriedade e da liberdade contratual. Como dissemos, a exploração da mão de obra

4 Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf> e <http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassung/> acesso em 03/01/2014

operária, e também a utilização de mão de obra infantil pelas indústrias, foram alguns dos abusos praticados. Neste cenário, proliferaram as ideias de Keynes e sobre o intervencionismo.

John Maynard Keynes é conhecido como o “arquiteto” do que se chama de “nova economia” ou “Keynesian economics”. Pelo valor de suas ideias, figura ao lado de pensadores de renome da economia tais como Adam Smith, David Ricardo, John Stuart Mill, Alfred Marshall e atualmente ocupa a posição de preeminência anteriormente detida por esta sucessão de antecessores famosos, e as influências de suas ideias persistem e continuam a crescer, mesmo depois de sua morte. (MURAD, 1964, p. 14)

Sua teoria trouxe a ideia de interação entre o Estado e economia, bem como o papel que este deveria assumir. Suas ideias levam ao entendimento de que o Estado deve intervir na economia com políticas fiscais, investimentos e políticas econômicas, quando for necessário, para que o setor privado possa se desenvolver de forma ampla (MISES, 2010, p. 30), e esse foi seu grande êxito. Para Sahid Maluf, “(...) a ação intervencionista do Estado se exerce amplamente até onde houver interesse da sociedade, tendo por limites os direitos naturais imprescindíveis da pessoa humana.” (MALUF, 1999, p. 316)

A parte principal, quanto ao intervencionismo, e que nos interessa neste momento e que foi a receita básica proposta, incluía subsídios diretos e indiretos, desenvolvimento de infraestrutura, preços controlados, políticas protecionistas, entre outras medidas. Destaca-se que a regulamentação, ao menos teoricamente, recaiu num primeiro momento em políticas de proteção aos consumidores, limitação de operação de oligopólios e medidas protecionistas. Recebeu críticas durante seu desenvolvimento, pois o modelo proposto separava recessão e desemprego da inflação, partindo do parâmetro do produto do pleno emprego. (MURAD, 1964, p. 13-58)

Na busca em classificar as modalidades de intervenção estatal, Luís Moncada as classificou em duas vertentes, e é óbvio que não há uma só maneira de o Estado intervir nas relações econômicas entre particulares. (MONCADA, 1988, p. 36-37) a) Intervenção direta: pode ocorrer que o próprio Estado atue como empresário, através de empresas públicas, desenvolvendo atividade que inicialmente seria de iniciativa dos particulares, quando entender que há relevância e necessidade. b) Intervenção indireta: O Estado atua na fiscalização, na aplicação de incentivos de toda ordem e planejamento da ordem econômica.

Von Mises indica, ainda, outras modalidades de intervenção possíveis praticadas pelo Estado, e que podem ser direcionadas a limitar ou estimular um determinado setor produtivo, através de sub-

sídios, taxas de importação; intervenções sobre os preços de produtos podem ocorrer, alterando a lógica do mercado de oferta/demanda e forçando os comerciantes a venderem suas mercadorias com o lucro diminuído. (MISES, 2010, p. 18-19)

Segundo Edimur Ferreira de Faria (FARIA, 2007, p. 24) quanto maior for o nível de intervenção permanente do Estado, maior será seu campo de atuação.

5 - NECESSIDADE E DESVANTAGENS DO INTERVENCIONISMO

Viver em sociedade é aceitar que os indivíduos fazem parte de grupos e que tanto a pessoa de forma individual, como o grupo todo, possuem direitos que não podem ser considerados de forma isolada em sua análise. A doutrina liberal desconhecia essa interdependência quando elaborou suas teorias. Os grupos então formados passam a existir como um só corpo, no qual as ideias de solidariedade e dever se desenvolvem, e para que haja harmonização de todos os interesses envolvidos, o Estado então surge como o “Big Brother”⁵, que está disposto a proteger e regular as ações humanas. César Fiúza adverte que a presença do Estado é necessária já que se o “Estado se abster, como recomenda o *laissez-faire*, nenhum poder existirá para conter os excessos dos indivíduos em relação ao grupo e a outros indivíduos, e dos grupos em relação a outros grupos e em relação aos indivíduos.” (FIUZA, 2003, p. 316-317)

A intervenção, quando ocorre, deve ocorrer atendendo aos princípios dos bons costumes, da ordem pública e do interesse público, ressaltando que os bons costumes são aqueles “se cultivam como condição de moralidade social, variável no tempo e no espaço, ou seja, de acordo com a época e o lugar”; a ordem pública é o “conjunto de normas que erigem a estrutura social, política e econômica da nação; e o interesse público é o “conjunto de aspirações de uma coletividade para a obtenção de bens, vantagens, atividades ou serviços de fruição geral”⁶.

5 Utilizamos o termo de forma livre, simplesmente para designar de forma genérica, o Estado que fiscaliza, e não no sentido original, cunhado pela obra de George Orwell, no sentido do Estado socialista que abusa de suas prerrogativas. Em “*The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell Volume 4 - In Front of Your Nose 1945-1950 p.546*”, o autor esclarece que o livro não é uma crítica aberta ao socialismo, mas sim, um alerta dos abusos praticados, na época em que escrevia o romance.

6 Idem.

Reside aqui a limitação à livre vontade, que ficou difundida pela doutrina liberal, pois o Estado se sente na obrigação de regular as relações humanas para que não sejam praticados abusos de toda a ordem e também para fomentar e desenvolver atividades estratégicas e necessárias para o bem de todos.

As críticas ao intervencionismo estão relacionadas principalmente ao grau do regime liberal que os Estados adotam. Para Donald Stewart Jr. liberalismo é “uma norma ou uma medida de caráter restritivo, imposta pelo governo, que obriga as pessoas a empregarem os seus recursos de forma diferente da que fariam se não houvesse a intervenção.” (STEWART JR., 1990, p. 26)

Os simpatizantes do intervencionismo consideram que se as pessoas fossem livres, não conseguiriam usar todos os recursos da melhor maneira e por isso se faz necessário a intervenção do Estado, entendendo que desta maneira todos seriam beneficiados de forma igualitária. Ocorre que ao reconhecer que é necessário que o Estado esteja presente nas escolhas dos particulares, é como afirmar que todos precisam de um tutor, o Estado, para dirigir e decidir o que é melhor para cada um. A lógica do intervencionismo vai contra a lógica do liberalismo, pois o consumidor é submetido ao Estado, quando deveria, no Liberalismo, haver soberania do consumidor, como já expusemos anteriormente.⁷

A intervenção ao livre funcionamento do mercado causa uma série de problemas econômicos, que levam ao entendimento errôneo da realidade ou daquilo que realmente está se passando. Exemplo disso é a intervenção na regulação, tabelamento e subsídios aos preços de uma mercadoria. O controle artificial de preços leva o mercado a um entendimento distorcido, já que a demanda criada, só ocorre por conta da intervenção e não da realidade, fazendo com que os investimentos sejam direcionados a esta demanda artificial e não para atender aos desejos dos consumidores. O desarranjo na produção se torna evidente, a competição desaparece e os grupos econômicos favorecidos pelo controle, são altamente beneficiados. (STEWART JR., 1990, p. 93-98)

De forma geral, o intervencionismo acaba por favorecer a criação de grandes grupos econômicos, grandes carteis e grandes monopólios, que controlam o mercado, produzem o que querem, ao preço que querem e manipulam o mercado consumidor, pois com o fim da concorrência, as empresas não estarão preocupadas em descobrir quais as reais necessidades do mercado de consumo, e sim buscar cada vez mais os benefícios do mercado controlado, tendo o Estado como cúmplice.

7 Idem. p. 26.

Pode ainda ocorrer que o Estado intervenha na ordem jurídica, propondo leis para a regulamentação de mercados, para a proteção dos indivíduos, para regulamentação de benefícios sociais, para a proteção de investidores financeiros, entre outras intervenções.

6 - INTERVENCIONISMO ECONÔMICO, LEGISLATIVO E JUDICIAL

A intervenção do Estado no domínio econômico é um fenômeno mundial que se modifica conforme o momento histórico-econômico dos países. Dessa forma, podemos verificar que durante a doutrina econômica clássica (escola liberal) que foi iniciada no século XVIII com a Revolução Industrial, tendo como seu maior expoente Adam Smith, que em sua obra “A Riqueza das Nações”, defendia a não intervenção do Estado na economia, visto que esta deveria ser guiada pelas próprias leis de mercado, que se auto-regularia, expressando-se na máxima “laissez-faire, laissez passer”.

Marcio Nunes Aranha (ARANHA, 1997, p. 5) descreve que os três papéis próprios do Estado citados por Adam Smith são: o dever de defender o país contra a agressão estrangeira; o dever de estabelecer boa distribuição de justiça; e a de manter obras públicas e instituições que um indivíduo ou um grupo de indivíduos não manteriam por falta de remuneração adequada. E ressalta que tudo o que for além disso, a “mão invisível” seria mais eficaz.

No entanto, com a crise de 1929 (Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque) o Estado passou a intervir nas relações econômicas, passando a adotar uma política intervencionista, como forma de fomentar a economia. Nesse período, o intervencionismo é defendido por John Maynard Keynes, que ensinava que por meio do controle da moeda e do crédito, com a aplicação de carga tributária baixa, a regulação da previdência social e a realização de grandes obras públicas pelo Estado, eram elementos necessários para movimentar a economia e retirá-lo da depressão. Forma-se o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) que nas palavras de Thiago Degelo Vinha, no qual o Estado assume o rumo adotando políticas que visam o bem-estar de todos, e o faz interferindo na atividade econômica.

Com a crise do petróleo, na década de 1970, o Estado do Bem-Estar Social entrou em declínio passando a ganhar força a teoria neoli-

beral (escola neoclássica), que foi iniciada na década de 1940 com Hayek, em que se pregava o “Estado mínimo em relação aos direitos sociais e trabalhistas e um Estado passivo em relação aos lucros dos capitalistas e a lei de mercado.” (NETO, 1997, p. 80) Nesse período buscou-se combater a inflação galopante que era uma realidade das economias capitalistas da época, sendo implementada principalmente pelos governos dos EUA e da Inglaterra, na época governados por Reagan e Margareth Thatcher, respectivamente. E segundo Thiago Degelo Vinha (VINHA, 2005, p. 5) também se buscou a implementação do processo de globalização iniciado por empresas multinacionais dos países do Hemisfério Norte, devido à modernização tecnológica dos meios de produção e telecomunicação. Frisa ainda que com a queda do Muro de Berlim e a derrocada do Estado Soviético o neoliberalismo se firmou nas economias mundiais.

Salienta ainda esse autor que o liberalismo vem à tona com a implementação de políticas econômico-sociais visando a desestatização da economia, com a privatização e concessão ou permissão de serviços públicos, a flexibilização de direitos trabalhistas, como forma de diminuir o intervencionismo do governo, mantendo o controle indireto por meio da regulamentação dessas atividades.

O intervencionismo legislativo segundo Ari Kardec de Melo (MELO, p. 88), citando Orlando Gomes, processou-se em duas fases distintas: i) intervenção legislativa de fundo paternalista que visa proteger determinados grupos de pessoas, consideradas mais fracas nas relações de trabalho, de uso da propriedade, surgindo a legislação trabalhista e as leis do inquilinato. Podemos ainda citar as relações de consumo, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que mais adiante trataremos; e ii) pela generalização das medidas de equilíbrio nas relações jurídicas, com a edição de normas inderrogáveis pelos particulares, alargando-se a noção de ordem pública realizada pela intervenção do Estado na vida econômica.

Entende ainda o autor que o intervencionismo legislativo deve ser dirigido para a elaboração de leis que sejam adequadas ao interesse nacional e direcionadas a realizar a justa distribuição de riqueza e a utilização adequada de todos os recursos disponíveis.⁸

Podemos ainda verificar que abusos econômicos podem ser praticados não somente pelo Estado-governo, mas também por particulares, normalmente grandes empresas/conglomerados econômicos que podem tentar produzir normas de direito que formalmente legalizam os abusos

8 Idem. p. 91

econômicos, como nos casos de transferência indevida de renda. Assim, o Estado tem a obrigação na esfera legislativa, na atuação fiscalizatória e na implementação de políticas públicas evitar que abusos econômicos ocorram, ou seja, deve evitar que normas que violem o pleno desenvolvimento e distribuição equitativa de benefícios, que objetivem o bem estar de toda a população e de todos os indivíduos sejam sancionadas.

Segundo Maria Coeli Nobre da Silva⁹ tem se observado uma revolução jurídica nos tempos atuais, visto que na era absolutista o poder era centralizado no Poder Executivo que era extremamente forte, e no período da Revolução Francesa o poder passa a ser do Poder Legislativo, e agora para o Poder Judiciário.

Dessa forma, a autora defende que o Poder Judiciário não é mais um simples mediador de conflitos entre os Poderes Legislativo e Executivo, mas que, por delegação, lhe foi conferido poder de solucionar conflitos, garantir políticas públicas, organizar a ação administrativa e do controle de regras, tendo função ativa na afirmação da cidadania. Defende que outrora a democracia era defendida pelas instituições políticas clássicas e diante do seu descrédito diante da sociedade, buscou-se no Poder Judiciário, um poder neutro e imparcial, meios de tornar realidade a democracia, fazendo a lei ser respeitada. Cita Antoine Garapon (GARAPON, 2001, p. 39) que a sociedade busca na Justiça soluções diante da inércia do Estado executivo/governo e do Estado legislativo, com edição de leis fracas, sem conteúdo e muitas vezes perversa. Assim, aplicou-se a teoria de “checks and balances”, em que o Poder Judiciário tem papel de destaque, visto que lhe é delegada a competência de dizer a lei, ou seja, é lei apenas o ato legislativo que está em conformidade com a Constituição Federal. Assim, os Tribunais passam a ter o controle de constitucionalidade das leis, o controle difuso sobre as funções estatais. A teoria dos “checks and balances” busca transferir funções típicas de um poder a outro. Verificamos assim que a democratização do Poder Judiciário objetiva a garantia da cidadania, pelo acesso à justiça e pela razoável duração do processo, com a decisão sobre o direito controverso, evitando assim as injustiças sociais.

No entanto, questiona Maria Coeli Nobre da Silva se essa intervenção judicial é democrática, visto que o Poder Judiciário não

9 SILVA, Maria Coeli Nobre da. O intervencionismo judiciário: protagonismo/ativismo e legitimação democrática. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2bc8ae25856bc2a6>> Acesso em 25/02/2014.

possui o aval da vontade política do eleitorado brasileiro, pois não passam pelo crivo do voto.

7 - INTERVENCIONISMO NO BRASIL

Dessa forma, observamos que o intervencionismo econômico tem sido ao longo da história uma prática recorrente dos governos nos momentos de crise econômica, como as decorrentes de acidentes naturais e de guerras, visto que são fatos que provocam desabastecimentos de produtos e escassez de serviços, e com o intuito de equilibrar a oferta, implantam medidas de controle de preços, aumento de impostos e taxas, emissão de dinheiro sem lastro, nacionalização de empresas estrangeiras, estatização de setores estratégicos de transportes, comunicações, energia, ou ainda movimento de abertura ao comércio internacional e a privatização de empresas públicas, a fim de afastar a estagnação econômica de inflações altas e desemprego elevado.

Ludwig Von Mises não concorda com a frase que diz que um bom governo é o que menos intervêm, nas seguintes palavras: “A famous, very often quoted phrase says: ‘That government is best, which governs least. I do not believe this to be a correct description of the functions of a good government.’” (MISES, 2006, p. 37) Entende que as funções elementares dos governos num sistema livre, no sistema de economia de mercado são as de defender as pessoas de violações internas a seus direitos e a defender o país contra inimigos externos.

Historicamente, desde a sua época colonial o Brasil foi uma sociedade controlada pelo Estado, o intervencionismo era disseminado visto que nada se poderia fazer no Brasil sem um alvará régio, sem uma permissão governamental, como podemos descrever como exemplo que a constituição de empresas por ações devia ser previamente aprovada pelo governo e sancionada por ato do Poder Legislativo, até quase o final do Império, ou seja, tudo o que não fosse sancionado previamente pelo governo, não era permitido, estando fechado à iniciativa privada ou ao empreendedorismo individual.

Paula Forgioni, (FORGIONI, 2005) ao tratar sobre as origens do intervencionismo no Brasil, esclarece que ela sempre existiu, desde a época do Brasil-colônia que implementou uma política fiscalista. Desde a Constituição Federal de 1824 o Estado brasileiro continuou ativa na regulação dos mercados, seja por meio do controle comercial e de tributos.

Já na época da proclamação da República o Estado brasileiro, já havia se tornado um dos países que mais eram intervencionistas.

Pela crença dos governantes que o desenvolvimento da economia era simplesmente uma questão natural, e também pelas características de uma economia agrícola, em uma época na qual as noções de público e privado eram confusas, foi somente no início do século XX, que o Estado brasileiro começou a praticar o intervencionismo na forma que conhecemos atualmente. Até os anos 30, e mesmo na Constituição Federal de 1934, vigorava a noção de “Estado mínimo”, com características liberais. Nesta época, diversas ações foram propostas na intenção de desenvolver a indústria nacional, com a substituição das importações, ações que visavam a proteção do comércio, o desenvolvimento de empresas públicas e outras ações em áreas onde havia necessidade de investimento de alto custo. O papel do Estado brasileiro passou o de ser “mais positivo e centralizador na economia, (...) por meio da intervenção no setor produtivos de bens e serviços”

As ações intervencionistas também se fizeram presentes durante o período da ditadura militar. Nesta época o Brasil passou por um período de pequena recessão, mas o então ministro Delfim Netto, lançou medidas que estimulavam o crescimento econômico, como de expansão do crédito, conjuntamente com medidas de controle dos preços visando parar o crescimento da inflação. As indústrias automobilísticas, favorecidas pela expansão de nossas estradas, e as indústrias de produtos químicos, de material elétrico e da construção civil, favoreceram o crescimento época que ficou conhecida como a do “milagre econômico”. Prevalencia o intervencionismo, inspirado nas ideias de Keynes, (FAUSTO, 2006)

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma vasta gama de princípios da economia do bem-estar social em consonância com princípios capitalistas neoliberais. Assim, a Constituição Federal ao trazer princípios da ordem jurídica para regular a ordem econômica, se extrai o caráter interventivo do Estado na economia. Verificamos no disposto do inciso IV do art. 1º e art. 170 da Constituição Federal, que o Brasil baseia sua ordem econômica no trabalho e livre iniciativa, observados os seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, sediadas e administradas no Brasil.

Estes princípios são comandos norteadores para o Poder Judiciário quando instados a solucionar conflitos, para o Poder Legislativo quando da elaboração de leis e atos normativos, bem como para o Poder Executivo quando da implementação de políticas públicas.

É portanto, o Poder Judiciário o guardião e o responsável pelo acesso à justiça na concepção ampla do tema, ou seja, fazer valer o sistema judicial para que seja justo, efetivo, rápido e preciso em suas decisões.

Antes do período reformista do governo do Presidente Fernando Collor de Mello a importação de produtos era praticamente inviável pela incidência de impostos pesados, o que desestimulava o seu consumo no Brasil. Com a reforma implementada pelo governo Collor em março de 1990 que entre outras medidas determinou a abertura comercial, com a redução gradual das tarifas de importação, para forçar o aumento da competição. Com importados mais baratos, os produtores nacionais foram forçados a reduzir seus preços e a melhorar a qualidade dos produtos. No entanto, isso gerou a falência de muitas empresas nacionais, em razão dos preços dos produtos estrangeiros que eram na maioria das vezes mais baixos aos similares nacionais e eram de melhor qualidade. No Plano Collor 1 a política econômica foi marcada também pelo confisco das cadernetas de poupança no intuito de combater a inflação que girava em torno de 2.000% ao ano. Pautava-se atacar a inflação em três frentes: redução do excesso de liquidez (dinheiro circulando incentivava a alta de preços), corte de déficit público (excesso de gastos do governo) e desindexação (mecanismo que reajusta automaticamente os preços acompanhando a inflação passada). No Plano Collor 2 implementado em janeiro de 1991, buscou-se controlar as altas de preços, estimular a indústria nacional, através dos congelamentos de preços e salários, mudança do critério de indexação e promoção de reforma financeira.

No governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, por conta dos movimentos de globalização que já eram sentidos no Brasil, a reforma administrativa, consolidou a prática intervencionista que nas palavras de Bresser Pereira sobre a regulação e intervenção “continuam necessárias na educação, saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infra-estrutura”, com o objetivo de tornar o Brasil mais competitivo.

Verifica-se que mesmo nos governos recentes, sob a gestão de Lula e de Dilma ainda se praticam medidas protetivas aos produtos nacionais, quando exigem que plataformas da Petrobrás sejam construídas no próprio local e que nas compras realizadas pelo governo sejam realizadas compras de produtos nacionais mesmo se a cotação de preços tiver um diferencial

de 25% da melhor oferta, obrigando a prática de protecionismo comercial que é um intervencionismo econômico do governo federal.

Uma outra poderosa via de intervencionismo do governo é a via tributária, com a alta carga de impostos sobre a renda dos cidadãos brasileiros, e segundo Paulo Roberto de Almeida¹⁰:

(...) os exemplos do intervencionismo estatal na vida diária dos cidadãos brasileiros, na atividade empresarial privada, na determinação de nossas escolhas mais simples de consumo ou de emprego de nossa renda individual são tantos, tão extensos e tão disseminados, nas mais diversas áreas da vida nacional, que é difícil considerar o Brasil como um país normal, ou seja, aquele que permite aos seus habitantes o livre desfrute de suas vidas e de suas propriedades pessoais.

Já segundo entendimento de Thiago Degelo Viana (VINHA, 2005, p. 2) a intervenção estatal nas atividades econômicas é essencial para se preservar os objetivos previstos na Constituição Federal. O Estado verificando que não conseguia por seus próprios órgãos diretos intervir na vida econômica, criou mecanismos de controle indiretos, descentralizando seus serviços, criando novas pessoas jurídicas, de direito público e de direito privado, como as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Devemos ainda ressaltar que quando se fala em intervencionismo, não se quer referir-se somente à intervenção do Estado no domínio econômico, mas também no sentido de se estabelecer políticas públicas de prioridade nacional e interferir de forma ativa na vida nacional, seja por meio normativo ou judicial, que trataremos a seguir.

8 - O INTERVENCIÓNISMO LEGISLATIVO E JUDICIAL E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

Como vimos, a Constituição 1988, fixou no “Título VII”, “Da Ordem Econômica e Financeira”, o caminho a ser seguido por todos que desejem se situar economicamente no Brasil, estabelecendo limites mínimos de respeito aos direitos fundamentais. Tais princípios constitucionais de-

10 ALMEIDA, Paulo Roberto de. Intervencionismo governamental: na ótica de Von Mises e na prática brasileira. Disponível em <http://www.pralmeida.org/05Docs-PRA/2423IntervencionismoMises.pdf>. p. 16 a 17. Acesso em 01/03/2014.

monstram, primariamente, em quais áreas o Estado brasileiro pode intervir para garantir os preceitos dispostos no “caput” do artigo 170.

André Ramos Tavares, assim, ensina que a tais princípios “perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles,” que possuem “não apenas os fundamentos da ordem econômica, mas igualmente suas finalidades, ou seja, os objetivos a serem atingidos por meio de implementação de seus ditames econômicos.” (TAVARES, 2003, p. 134)

Na parte que interessa neste estudo, verificamos que dentre as garantias previstas encontra-se a defesa do consumidor, elevado à categoria de princípio constitucional que deve ser respeitado por todo o ordenamento jurídico. Tal disposição leva o Estado, conjuntamente com as demais disposições constitucionais e infraconstitucionais, sobre o Direito do consumidor, a propor uma série de intervenções, traduzidas pela adoção de políticas públicas, edição de Leis específicas e implantação de instituições que possam garantir as disposições constitucionais.

Neste ponto, importante destacar que a defesa do consumidor é Direito e dever absoluto do Estado ao estipular a tutela ao consumidor como um princípio fundamental constitucional a ser respeitado, conforme determinação do artigo 5º, inciso XXII, e como princípio geral da ordem econômica, definido no artigo 170 inciso V da Constituição Federal de 1988, são evidentemente considerados como cláusulas pétreas.

Considerado o exposto, pode-se afirmar que no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor ganhou status de Direito Fundamental expresso no artigo 5º, inciso XXXII, que impôs ao Estado a obrigação de promoção de uma política de proteção ao consumidor, que acabou cristalizada por meio da edição do Código de defesa do Consumidor em 1990, lei que foi prevista no artigo 48 das disposições transitórias constitucionais.

Pode-se dizer ainda que, o tema ganha maior importância com a disposição do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal elevando a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade e da ordem econômica, obrigando ainda mais o Estado a garantir mecanismo que promovam as garantias previstas no artigo 5º, inciso XXXII da CF.

Reflete, como vimos, o movimento de abandono gradual do Estado, não intervencionista, para um Estado mais preocupado com o Social. Dizemos gradual, pois nossa Constituição, ao mesmo tempo que permite que se apure o lucro e que se explore o mercado através da livre

iniciativa e da livre concorrência, determina que tal exploração seja realizada dentro de ditames constitucionais.

Rizzato Nunes nos ensina que, apesar da Constituição de 1988 garantir a livre iniciativa e a propriedade privada, não significa que o mercado possa atuar sem qualquer ética, estando sujeito ao cumprimento dos ditames constitucionais. (NUNES, 2011, p. 55)

Pois então, por determinação do artigo 48 da Constituição Federal, e por vontade dos constituintes em estabelecer um marco protecionista consumerista, houve a determinação ou o dever absoluto do Estado de proteção ao estipular a tutela ao consumidor como um princípio fundamental constitucional a ser respeitado, conforme determinação do artigo 5º, inciso XXII, e como princípio geral da ordem econômica, definido no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, elaborou o Código de defesa do consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Código de defesa do consumidor pressupõe que os consumidores, em uma concepção simplista, são considerados vulneráveis, em todas as relações em que fizerem parte. Trata-se, portanto, de claro intervencionismo nas relações entre os particulares, sem que se considere a autonomia privada do consumidor na realização e conveniência na realização do negócio jurídico, conforme sua vontade. Ainda mais, quando consideramos que é norma de ordem pública, sendo impossível seu afastamento. Outro traço de intervencionismo encontra-se no fato de impor aos fornecedores uma série de deveres que devem ser cumpridos.

Ainda que pese o entendimento majoritário da doutrina nacional de que as normas de proteção aos consumidores buscam equilibrar as relações entre empresas e consumidores, nalguns estudos parecem indicar uma outra vocação. Brooke Overby, (OVERBY, 2001, p. 1227), em estudo dirigido sobre o Direito do consumidor, aponta que as legislações mundiais que visam proteger as relações de consumo apresentam três características que podem variar conforme a orientação da política adotada¹¹: a) a adoção de políticas eficazes para a criação e manutenção de mercados eficientes de bens e serviços de consumo no qual o governo só deve só deve intervir quando há uma falha de mercado. O governo deve propor ações para tornar o mercado eficaz; b) quando há motivos éticos em jogo, onde o governo só deve intervir quando houver razões éticas, como a realização de uma justiça distributiva, ou ainda, o desejo de transferir riqueza dos ricos vendedores corporativos, para os menos ricos compradores de con-

11 Idem p. 1227 a 1229.

sumo; c) a adoção de uma política de proteção ao consumidor com características paternalistas que indica que as preferências individuais do consumidor, devem ser anuladas por sentença judicial, sendo tal posição uma ameaça à liberdade individual.

Este último item nos interessa, como veremos a seguir. E. Allan Farnsworth, (FARNSWORTH, 2000) no artigo “Promises and Paternalism”, ao analisar o caso de um indivíduo que fez uma doação em vida, de uma certa herança para terceira pessoa não herdeira, esta foi impedida de recebê-la, quando da morte do doador, pois as leis do estado de Utah assim a impedia, nos oferece uma noção interessante sobre o paternalismo. Salienda este autor que uma regra paternalista é definida quando uma pessoa é impedida, para seu próprio bem, de fazer algo, citando como exemplo a proibição para o uso de drogas ou o uso obrigatório do cinto de segurança.

Já Gerald Dworkin define paternalismo como “a interferência de um Estado ou de um indivíduo em atitudes de outra pessoa, contra a sua vontade, sob a alegação de que seria melhor protegida.

Sem entrar em uma análise mais detalhada, ao estudarmos a doutrina, ao analisarmos a letra fria da lei e ao buscarmos pela jurisprudência pátria, o paternalismo parece se fazer presente tanto em nossa doutrina, quanto em nossa legislação e ainda, de nossa jurisprudência, referente ao Direito do Consumidor. Citamos somente um exemplo que demonstra a forma paternalista que temos ao analisarmos temas de proteção ao consumidor: A interpretação restritiva do inciso VIII, do artigo 51 do CDC, evidencia claramente tal condição, pois a maioria da doutrina, de nossa Jurisprudência e pela disposição da lei consumerista, induz muitos magistrados a manifestar de plano, a nulidade de cláusula de arbitragem nos contratos de consumo, sem mesmo analisar seu cabimento e a vontade das partes em celebrar tal cláusula.

Há que se evitar a aplicação repetida e em bloco de conceitos paternalistas e intervencionistas, relegando a vontade do consumidor na realização do negócio jurídico, pois nem todos podem ser absolutamente vulneráveis e nem todo fornecedor possui capacidade financeira tão superior que possa suportar condenações extremas. É preciso aplicar o princípio da proporcionalidade afim de que se apure em quais condições ocorreu a contratação de um serviço, ou a compra e venda de uma mercadoria.

Tal conduta se faz necessária, pois as empresas sabem dos riscos que correm ao colocar no mercado um produto com falhas de projeto, sabem inclusive qual a porcentagem de sua produção que pode possuir algum tipo de vício e também sabem a porcentagem de reclamações,

e podem chegar à conclusão que é mais barato se defender em poucos casos que chegam à justiça, do que reparar ou retirar algum produto que possui algum vício.

Aplicar sanções administrativas no âmbito dos Procon's, divulgar listas de fornecedores que possuem mais queixas ou julgar desfavoravelmente, condenando alguma empresa ao pagamento de alguma indenização, de nada resolverá, pois tais prejuízos que eventualmente possam suportar e os valores, serão ao final, somados ao custo total das mercadorias ou dos serviços. Novamente é preciso cautela ao direcionar as ações que visem proteger os consumidores, para uma participação mais responsável dos fornecedores, chamando-os a participar de ações afirmativas junto aos consumidores.

Por óbvio, não se defende que as relações de consumo devam ser desprotegidas, livres de qualquer interferência do Estado, ou ainda que, o mercado possa se regular por si mesmo, pois os abusos existem. É preciso reconhecer que vivemos em um mundo diferente daquele dos anos 90. Uma nova fase das relações humanas está em curso, uma fase que Bauman chama de “Modernidade Líquida”, com todos os componentes da chamada “pós-modernidade”, na qual os princípios, conceitos e certezas antes considerados consolidados e sólidos, já não existem, simplesmente encontram-se fluídos, e é neste contexto que as relações de consumo devem ser analisadas, sempre com muita cautela, pois por detrás dessas relações, há um componente que apesar de todas as suas limitações ainda tem a sua validade.

9 - CONCLUSÃO

A vida em sociedade pressupõe aceitar que fazemos parte de grupos, e que o indivíduo quanto ao grupo que faz parte, são portadores de direitos e obrigações que em uma análise jurídica, não devem ser analisados de forma isolada. Essa interdependência era desconhecida quando a doutrina liberal foi desenvolvida.

Após a Revolução Industrial os grupos passaram a ser formar como um só corpo e as ideias de solidariedade se desenvolveram, e como dissemos, o Estado atua como o “Big Brother”, visando proteger e regular as ações humanas. Por óbvio, tal comportamento do Estado, não pode ser rechaçado, pois não haveria controle aos possíveis excessos que seriam praticados. Por essas razões é que o Estado pratica a intervenção.

Vimos neste trabalho que aqueles que defendem as práticas intervencionistas tem o entendimento de que se as pessoas fossem livres, não conseguiriam usar todos os recursos da melhor maneira e por isso se faz necessário a intervenção do Estado, entendendo que desta maneira todos seriam beneficiados de forma igualitária e não consideram que tais interferências levam a noção de que o indivíduo necessita de um terceiro para decidir o que seria melhor para si. Entrementes, os simpatizantes do intervencionistas parecem não perceber que a prática do intervencionismo sem limites, leva ao favorecimento do aparecimento de grandes grupos econômicos, grandes carteis e grandes monopólios, que controlam o mercado, produzem o que querem, ao preço que querem e manipulam o mercado consumidor, pois com o fim da concorrência, as empresas não estarão preocupadas em descobrir quais as reais necessidades do mercado de consumo, e sim buscar cada vez mais os benefícios do mercado controlado, tendo o Estado como cúmplice.

Tais fatores, aliados a uma interferência legislativa e judicial, de caráter paternalista, parecem indicar que a prestação jurisdicional ao consumidor, resulta na aplicação tendenciosa e completamente desfocada da proteção ao consumidor pois, ao decidirem de forma paternalista, retiram dos consumidores a sua real vontade de ter realizado o negócio jurídico, passando a tratá-lo como um sujeito sem autonomia e ao contrário do que pode parecer, favorecendo as empresas que diante de uma decisão previamente conhecida e repetida, podem calcular seus riscos de ser acionada judicialmente e chegar à conclusão que é mais barato litigar do que prestar um bom serviço ou oferecer um bom produto.

É preciso refletir se estamos no caminho certo e se realmente o consumidor está sendo protegido da forma correta, sob pena de estarmos infringindo as disposições constitucionais que delegaram esta tarefa ao Estado. Não se prega aqui o total apego às ideias de liberdade completa, sem interferência do Estado, mas o que salientamos é que o excesso deve ser evitado e o consumidor deve ser protegido dentro de uma interpretação justa, correta e individual, do Código de Defesa do Consumidor, afim de evitarmos abusos do paternalismo e do intervencionismo legislativo e econômico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. R. D. Intervencionismo governamental: na ótica de Von Mises e na prática brasileira. Disponível em: <<http://www.pralmeida.org/05Docs-PRA/2423IntervencionismoMises.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

ARANHA, M. N. Liberalismo e intervencionismo, Neoliberalismo, ou Liberalismo construtor e intervencionismo social. **Revista de informação Legislativa**, Brasília, v. 34, 1997.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, K. G. D. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DALLARI JUNIOR, H. D. A. **Teoria Geral do Estado Contemporâneo**. São Paulo: Rideel, v. 2, 2008.

DALLARI, D. D. A. **Elemento de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, v. 26, 2007.

DWORKIN, G. **The theory and practice of autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, G. Paternalism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2010.
FARIA, E. F. D. **Curso de direito administrativo positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARNSWORTH, E. A. Promises and Paternalism. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, v. 41, 2000.

FAUSTO, B. **História concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2006.

FIUZA, C. **Direito Civil: Curso completo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FORGIONI, P. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

- GRAY, J. **Liberalism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1995.
- GRAY, J. Os Opositores do Liberalismo. In: ERKENS, R.; DOERING, D. **Leituras sobre o Liberalismo**. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann, 2009.
- JIMÉNEZ, R. A. **El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- JIMÉNEZ, R. A. El Constitucionalismo: Proceso de formación y fundamentos de Derecho Constitucional. 3. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MACEDO, U. B. D. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: IBRASA, 1995.
- MACEDO, U. B. D. **O liberalismo moderno**. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1997.
- MALUF, S. **Teoria do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARTINS, I. G. D. S. As contribuições de intervenção no domínio econômico e a Constituição. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 7/8, n. 2, 2003/2004.
- MELO, A. K. B. D. O intervencionismo estatal na economia. **Estudos Jurídicos e políticos**, v. 4.
- MISES, L. V. **Economic Policy Thoughts for today and tomorrow**. 3. ed. Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2006.
- MISES, L. V. **Ação humana: Um tratado de economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.
- MISES, L. V. **Intervencionismo: Uma análise econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010.
- MONCADA, L. S. C. D. **Direito econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MORAIS, R. C. **Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai?** São Paulo: Senac, 2001.

MURAD, A. **What Keynes Means**. New Haven: College and University Press, 1964.

NETO, J. A. D. O Estado liberal e seu impacto sócio jurídico. **Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais**, Rio de Janeiro, 1997.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor**. 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OVERBY, B. An institutional analysis of consumer law. **Vanderbilt Journal of transnational law**, Nashville, v. 5, November 2001.

ROLL, E. **A History of economic thought**. Tradução de Cid Silveira. Londres: Faber and Faber, 1973.

SCHILLING, V. **As grandes correntes do pensamento: Da Grécia Antiga ao Neoliberalismo**. 2. ed. Porto Alegre: AGE, 1998.

SILVA, M. C. N. D. O intervencionismo judiciário: protagonismo/ativismo e legitimação democrática. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2bc8ae25856bc2a6>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

STEWART JR., D. **O que é liberalismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Intuito Liberal, 1990.

TAVARES, A. R. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

VIEIRA, R. A. A. **Intervencionismo e autoritarismo no Brasil**. São Paulo: DIFEL, 1975.

VINHA, T. D. Estado e Economia: o Intervencionismo estatal no atual cenário jurídico e econômico brasileiro. **Horus**, Ourinhos, 2005.

ZUCKERT, M. P. On Constitutional welfare liberalism: An old-liberal perspective. In: ELLEN FRANKEL PAUL, F. D. M. J. P. **Liberalism: Old and New**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

A EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (PROCON'S) E A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO: JURISPRUDÊNCIAS ATUAIS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO PAÍS

ECLAIR GONÇALVES GOMES¹
CÉLIA TERESINHA MANZAN²

1 - INTRODUÇÃO:

O PROCON, Órgão de Defesa do Consumidor, age como um instituto de caráter jurídico do direito público. Ocupa, dentro do sistema jurídico brasileiro, posição de órgão auxiliar do Poder Judiciário e busca solucionar, de forma preventiva, questões que envolvam o consumidor e as empresas vendedoras ou prestadoras de serviço.

A finalidade precípua do PROCON é garantir a mediação, a exemplo, de casos conflituosos entre os consumidores insatisfeitos com os serviços ou produtos disponibilizados por determinada empresa ou estabelecimento.

Presentemente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor

- 1 Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba (1990). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutoranda em Direito pela Universidade Nacional de Mar Del Plata. Coordenadora Geral Procon - Programa Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor- Uberaba/MG (1993-2006 / 2012-2015). Professora de Graduação da Universidade de Uberaba (2003-2009). Secretária Municipal de Administração da Prefeitura Municipal de Uberaba/MG. Advogada e consultora jurídica.
- 2 Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba - UNIUBE; especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia, em Direito Público e Filosofia do Direito, pela Faculdade Católica de Uberlândia; em Direito Constitucional, pela Università di Pisa/Itália; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, de Bauru/SP; Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Membro Adjunto Extranjero da Asociación Argentina de Justicia Constitucional; ex-Diretora da Associação Brasileira de Advogados-ABA, em Uberaba/MG; articulista/investigadora do Instituto Latino Americano de Investigación e Capacitación Jurídica Latin-Iuris, do Equador; Membro da REDE DE INVESTITADORES PARLAMENTARIOS EN LÍNEA - REDIPAL, do México; Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires - UBA/Argentina; palestrante a nível nacional e internacional, possuindo vários artigos publicados (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia, México), Servidora Pública com atuação na Procuradoria Geral do Município de Uberaba, advogada e consultora jurídica. Correio eletrônico: celiamanzan@gmail.com

brasileiro, os PROCON's – estaduais e municipais (estes, já existentes em vários estados brasileiros) – e demais entidades que visam à defesa do consumidor, estão sob a insígnia do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Ainda será tratado da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, assunto em voga e recepcionado por nossos Tribunais Superiores em seus julgados recentes e que vem, inclusive, sendo uma mudança de entendimento das Cortes Maiores em relação ao posicionamento de “mero aborrecimento” ou “mero dissabor”.

A título de esclarecimento, para o desenvolvimento do tema será realizada consulta a sites oficiais da internet, com as respectivas citações, e obras doutrinárias versantes sobre o assunto.

2 – HISTÓRICO DA ORIGEM DA DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL:

Filomeno³, em sua obra, nos traz um relato interessantíssimo extraído do Arquivo Histórico da cidade Salvador, de que:

“Documentos da época colonial guardados no Arquivo Histórico de Salvador, conforme nos relata o jornalista Biaggio Talento (O Estado de S. Paulo, 24-9-2000, p. A-20), dão-nos conta de que também era preocupação das autoridades coloniais do século XVII a punição dos infratores a normas de proteção aos consumidores. Assim, por exemplo, entre as principais normas que regiam a cidade de Salvador, elaboradas pelo Senado da Câmara, por meio de posturas municipais, uma delas, editada em 27-8-1625, obrigada todos os vendedores a fixarem os “escritos da almoçataria na porta para que o povo os lesse”. Impunha-se aos infratores a multa, nada desprezível para a época, de seis mil réis, já que o físico e o cirurgião-mor da Bahia, Francisco Vaz Cabral, recebia 30 mil réis por ano; e um advogado, que exercia a função de síndico da Câmara, ganhava 20 mil réis anualmente. Havia também uma multa desse valor para quem vendesse mercadorias acima das tabelas fixadas, como peixe e pastel, multa de 500 réis para quem vendesse bananas acima do tabelamento (quatro bananas a cinco réis, por exemplo). Vender dois ovos a mais de 20 réis resultava para o infrator multa de dois mil réis. E a mesma punição era prevista para quem burlasse a seguinte tabela: quatro laranjas – uma moeda (cinco réis); 10 mangabas –

3 FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. Editora Atlas. 8ª Edição. 2005. Págs. 3-4.

uma moeda; seis cajus – uma moeda; seis pepinos – um vintém; três limas doces – uma moeda etc. Diz o autor citado, porém, que apenas mais severa era reservada para os taberneiros que vendessem vinho acima do preço tabelado. A começar pela limitação de tabernas, foram fixadas em no máximo 12 em Salvador, mediante a lei de 2-4-1652. Por conta da grande demanda de vinho, era comum aos taverneiros inflacionar o mercado. E após muitas queixas da população, a Câmara decidiu punir severamente os infratores. Assim, quem vendesse o Canadá (medida da época equivalente a 1,4 litros) acima de 2 cruzados (800 réis), seria “preso na enxovia (a pior cela da cidade) e dela levado para ser açoitado pelas ruas, ficará inábil para vender e desterrado dessa capitania para todo o sempre”.

Inobstante as anotações supracitadas, observa-se que o estado brasileiro, mesmo que de forma introvertida, possuía legislação esparsa que continha dispositivos legais em defesa do consumidor. Historicamente, no Brasil, a **origem** da defesa do consumidor tem sua vertente no:

“Código Comercial de 1840, onde encontramos as primeiras disposições concebidas especialmente para tratar da situação do consumidor e sua eventual proteção, particularmente entre seus artigos 629 e 632 que cuidavam dos direitos e obrigações dos passageiros de embarcações. Também no Código Civil de 1916 haviam disposições como as do artigo 1245, tratando de critérios de responsabilidade do empreiteiro fornecedor de “materiais e execução”⁴.

A parte final do artigo 631, do Código Comercial de 1840, trazia responsabilidade do fornecedor⁵, ponderando que:

“.. Interrompendo-se a viagem depois de começada por demora de conserto de navio, o passageiro pode tomar passagem em outro, pagando o preço correspondente à viagem feita. Se quiser esperar pelo conserto, o capitão não é obrigado ao seu sustento; salvo se o passageiro não encontrar outro navio em que comodamente se possa transportar, ou o preço da nova passagem exceder o da primeira, na proporção da viagem andada.

4 <http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=406>, consulta efetivada em 15 de abril de 2019.

5 Idem item 4.

De igual maneira, o Código Civil de 1916, em seu artigo 1245⁶:

“..... o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.”

Observa-se, da evolução do direito consumerista no Brasil, que a cada década que se passava, o país galgava um degrau em busca da concretização deste direito, por meio dos importantes movimentos sociais⁷.

“Nos anos 30, 40 e 50 o Brasil experimentará vários movimentos de iniciativa popular que pouco a pouco iria trazer a matéria da defesa do consumidor para um patamar de maior importância, a despeito dos avanços monumentais que já estavam sendo feitos na Europa e nos Estados Unidos, onde tal preocupação da legislação ordinária remonta ao final do século XIX”.

Destaque importante também se deu com a Lei Delegada de nº 04/62 que tratou da garantia da livre distribuição de produtos em nosso país⁸.

É cediço que o país não poderia ficar somente sob a tutela da referida Lei Delegada, ante os constantes e instáveis planos econômicos, mudanças políticas e crises inflacionárias.

Não obstante o país, até este momento, ainda não ter uma legislação a nível federal, consta que o Estado de São Paulo, em 1976, criou o primeiro Órgão Público de proteção ao consumidor e que “recebeu o nome de Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, mais conhecido como PRO-CON”⁹. Em 1987, criou-se o IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, como Órgão técnico para tratar do assunto a nível nacional.

O grande e verdadeiro cume galgado na escalada consumerista foi com o seu asseguramento na Carta Federal de 88, no “artigo 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e, conseqüentemente, a com a publicação da Lei Federal 8.078/90, de ordem pública e contendo inúmeras inovações em relação ao tema, inclusive, de ordem processual.

6 Idem item 4.

7 <https://www.infoescola.com/direito/procon/>, consulta realizada em 15 de abril de 2019.

8 Idem item 7.

9 Idem item 4.

Com o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, criaram-se, também, outros Órgãos de proteção do Consumidor:

“O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Outras entidades civis passam a atuar na proteção e defesa dos interesses de associados, a exemplo da Associação das Vítimas de Erros Médicos, a AN-DIF - Associação Nacional dos Devedores de Instituições Financeiras e a ANMM - Associação Nacional dos Mutuários e Moradores. Nessa década também é criado o BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, entidade de caráter técnico, científico e pedagógico.

Em 28 de maio de 2012, por meio do Decreto n. 7.738, foi criada a Secretaria Nacional do Consumidor, à qual cabe exercer as competências estabelecidas na Lei. 8.078/90 tais como formular, promover, supervisionar e coordenar a Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor”¹⁰.

A Defesa do Consumidor foi constituída através de pilares invisíveis de formação e consciência consumerista, muito, através do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor/DPDC do Ministério da Justiça, posteriormente da Secretaria Nacional do Consumidor/SENACON, que hoje aparelha a grande maioria dos Órgãos de Proteção e de Defesa do Consumidor através do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor/SINDEC, um sistema informatizado que integra processos e procedimentos relativos ao atendimento aos consumidores nos Procon's, visando proporcionar um instrumento de gestão adequado ao dinamismo que é típico de seus setores de atendimento, gerando informações relevantes como a Lista de Reclamações Fundamentadas que, inclusive, se tornou objeto de importante mecanismo de estudos e linha de pesquisa, objetivando nortear a política Nacional de Defesa do Consumidor.

A Política Nacional das Relações de Consumo, além da preocupação com o atendimento das necessidades dos consumidores, se preocupa com a proteção daquele que, efetivamente, é mais vulnerável na relação de consumo, o próprio **consumidor**. E, conforme bem abordou Figueiredo¹¹, *“por estar em relação de hipossuficiência e desvantagem em relação aos detentores dos fatores de produção, o consumidor merece defesa especial*

10 Idem item 4.

11 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Editora Forense. 2ª Edição. 2009. Pág. 67.

por parte do Estado, contando com legislação própria (Lei nº 8.078/90)”.

Para fins de esclarecimento, a Lei Brasileira de nº 8.078/90¹², que “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”, de forma clara, define quem é o consumidor e o fornecedor, o que é produto e serviço, elementos principais em uma relação de consumo. Senão vejamos:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

O Brasil e a Espanha têm definição semelhante para consumidor, qualificando-o como “destinatário final” (Espanha) e, o Direito Português, seguindo as diretrizes da União Europeia, vai associar o conceito de consumidor sempre à aquisição de bens e serviços para o uso “não profissional”¹³.

Referindo-se aos direitos dos consumidores¹⁴, o artigo 60º da Constituição da República Portuguesa estabelece expressamente que: “1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos, bem como à reparação de danos.”

12 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm, consulta realizada em 10 de abril de 2019.

13 KHOURI, Paulo R. Roque A. Direito do Consumidor. 2ª Edição. Editora Atlas. 2005. Pag. 43.

14 REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO. Vol. II. N. 3 – setembro 2012 – editora J.J. BONIJURIS artigo “Da Tutela do Consumidor em Portugal e do Papel do Ministério Público”. Pág. 134.

Em relação à figura do consumidor, Filomeno¹⁵ pondera que:

Não há como fugir, todavia à definição de consumidor como um dos partícipes das relações de consumo, que nada mais são do que relações jurídicas por excelência, mas que devem ser obtemperadas precisamente pela situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços. Conclui-se, pois, que toda relação de consumo:

*1 – envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor);
2 – destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor;
3 – o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtos daqueles mesmos bens e serviços.*

O CDC pauta a política buscando o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Nesse toar, o Estado mantém sua presença no mercado de consumo, exercendo o poder de polícia administrativa, de fiscalização, de forma a garantir produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho e, ainda, com manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, sem se afastar da harmonização dos interesses dos participantes nas relações de consumo.

O CDC - Código de Defesa do Consumidor brasileiro assegura diversos direitos básicos e, dentre eles, a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, resguardada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. Assim, necessário que o consumidor tenha a devida informação dos produtos e serviços ofertados e se em descompasso com o CDC, tem-lhe assegurado o direito de acionar os Órgãos de proteção, visando à efetiva reparação, seja na órbita administrativa ou, o acesso ao judiciário. De igual maneira, o CDC insurge a favor do consumidor em caso de publicidade enganosa ou abusiva na relação de consumo, bem como, em caso de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou, sua conseqüente revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

15 FILOMENO. Obra já citada. Pág. 22.

Há que se anotar que o CDC, visando fundamental proteção do cidadão, recepciona, ante cláusula de abertura, o conteúdo daqueles Tratados ou Convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, assegurando uma proteção consumerista ampla e plena.

Pontua-se que, atualmente, encontra-se em trâmite no Senado Federal, a proposta de reforma do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e esta se debruça sobre as temáticas: (i) disposições gerais e comércio eletrônico (PLS nº 281/2012); (ii) ações coletivas (PLS nº 282/2012) e (iii) superendividamento (PLS nº 283/2012), evidente que o comércio eletrônico e o superendividamento requerem atenção redobrada face ao cotidiano da vida moderna que o abarca em grande escala, em que pese a edição do Decreto 7.962/2013, que regulamenta a Lei 8.078/1990, no que tange a Contratação no Comércio Eletrônico representar uma boa evolução.

Como bem abordou GOMES¹⁶, “*A multiplicidade da natureza comercial, tais como comércio eletrônico, shoppings virtuais, telemarketing, et cetera, requer mecanismos renovados da tutela conferida aos consumidores*”.

Pode-se aduzir de tudo que a Defesa do Consumidor representa grande avanço e tornou-se uma das tratativas legal mais popular do país, incluindo, sobretudo, nas doutrinas, temas modernos e avançadíssimos como a Tese do Desvio Produtivo do Consumidor, que será objeto de análise neste artigo.

3 – A AGENDA SUSTENTÁVEL PARA O CONSUMO NO SÉCULO XXI: METAS

A “Agenda 21” foi um documento assinado durante a ECO-92, no Rio de Janeiro, com o objetivo de buscar o desenvolvimento sustentável para o século XXI, onde foram estabelecidas metas a serem cumpridas pelos países participantes¹⁷.

A Agenda 21 Brasileira foi construída após uma vasta consulta à população brasileira a partir das diretrizes da Agenda 21 global. Trata-se de um processo e instrumento de planejamento participativo visando o desenvolvimento sustentável, cujo eixo principal é a sustentabilidade em harmonia com a conservação ambiental, justiça social e o crescimento econômico.

16 GOMES, Eclair Gonçalves. Revista Jurídica UNIJUS. Artigo publicado sob o título “Contrato de Adesão e o CDC – Abusividade e controle prévio”, vol. 12. N. 16. Maio 2009. Pág. 98.

17 PIRES, M. O. A Perspectiva do Desenvolvimento Sustentável. In: LITTLE, P. E. *Políticas Ambientais no Brasil: análises, instrumentos e experiências*. Brasília, DF: IIEB, 2003. cap. 14, p. 375-384.

Em seu capítulo 4, dedicado à “*Mudança dos Padrões de Consumo*”¹⁸, propõe o estudo dos padrões insustentáveis de produção e consumo para então sugerir estratégias de estímulo às mudanças.

E assim, anota que a pobreza e a degradação do meio ambiente estão relacionadas de forma estreita, uma vez que a pobreza advém de determinados tipos de pressão ambiental e que as principais causas da deterioração ininterrupta do meio ambiente mundial são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados, que seriamente têm-se agravado e sido causa da pobreza e dos desequilíbrios.

A preocupação maior cinge-se no fato de que se deve uma especial atenção à demanda relacionada a recursos naturais gerada pelo consumo insustentável, bem como ao uso eficiente desses recursos, logicamente com o objetivo de reduzir ao mínimo o esgotamento desses recursos. Embora em determinadas partes do mundo os padrões de consumo sejam muito altos, as necessidades básicas do consumidor de um amplo segmento da humanidade não estão sendo atendidas. Isso se traduz em demanda excessiva e estilos de vida insustentáveis nos segmentos mais ricos, que exercem imensas pressões sobre o meio ambiente. Enquanto isso os segmentos mais pobres não têm condições de ser atendidos em suas necessidades de alimentação, saúde, moradia e educação. A mudança dos padrões de consumo exige uma estratégia multifacetada centrada na demanda, no atendimento das necessidades básicas dos pobres e na redução do desperdício e do uso de recursos finitos no processo de produção. Inobstante reconhecer-se problemas relativos ao consumo, ainda não houve uma preocupação de forma plena de suas implicações¹⁹.

Feldmann²⁰ destaca que as pessoas têm diante de si, no campo de consumo, muitas escolhas, por isso é necessária uma ação educativa e esclarecedora aos consumidores, a fim de torná-los conscientes do impacto de suas escolhas, que pode ser tanto positivo como negativo.

Diante dessa realidade e considerando que as relações de consumo são conflituosas e nem sempre o nível de informação sobre direitos e deveres e o impacto socioambiental que suas ações provocam na sua vida e no meio ambiente, é satisfatório, preconiza-se que a mudança

18 <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Agenda-21/capitulo-04-mudanca-dos-padroes-de-consumo.html>, consulta realizada em 14 de abril de 2019.

19 Idem item 12.

20 FELDMANN, F. Consumismo. In: TRIGUEIRO, A. (Org.). Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas desconhecimento. Rio de Janeiro: Sextante, 2003. p. 143-157.

nos padrões de consumo está centrada na educação do consumidor, com relação aos seus direitos e deveres, ao uso dos recursos naturais e aos cuidados que se deve ter quanto à qualidade dos produtos.

O consumidor quando bem informado demonstra maior preocupação em consumir de forma apropriada e ética. No sentido de garantir a informação ao consumidor, a exemplo, em relação ao valor de tributos pagos pelo consumidor nas operações de consumo, foi sancionada a Lei 12.741/2012, que dispõe sobre a obrigatoriedade de informar aos consumidores de mercadorias ou serviços, por meio de documentos fiscais ou equivalentes, o valor aproximado da totalidade dos tributos incidentes nas operações e caberá ao PROCON de cada cidade, a fiscalização do efetivo cumprimento dessa Lei pelos estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, dentre outros.

Economicamente questionam-se os conceitos tradicionais deste crescimento e consumo, muitas das vezes desenfreado, anotando a necessidade de que se busquem objetivos econômicos que levem em conta o valor e a proteção dos recursos naturais e, para que haja uma política nacional e internacional consumerista coesa, faz-se necessário aumentar o conhecimento acerca do papel do consumo relativamente ao crescimento econômico e à dinâmica demográfica²¹.

4 – A DEFESA DO CONSUMIDOR NO MUNICÍPIO DE UBERABA ATÉ O VIGENTE PROCON REGIONAL

Com o advento da Lei Federal 8.078/90 - CDC, o Município de Uberaba, também, implementou em sua estrutura organizacional, normativas de defesa do consumidor que foram conquistando espaços e se fortalecendo até o surgimento do PROCON a nível regional. A Lei 4.662, de 24 de abril de 1991²², estruturou e regulamentou o Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor – CONDECON que, de acordo com o seu artigo 1º foi “*criado nos termos do artigo 216 da Lei Orgânica do Município de Uberaba*” e teve por “*objetivo promover e implementar as ações direcionadas à formulação da política municipal de proteção, orientação, defesa e educação do consumidor*”.

21 Idem item 12.

22 <https://www2.leismunicipais.com.br/leismunicipais/originais/mg/uberaba/lei-ordinaria-4662-1991.pdf>, consulta realizada em 02 de maio de 2019.

Em 04 de agosto de 1994, a Lei Complementar municipal de nº 031²³, transformou o Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor em Programa Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, anotando uma cláusula de abertura de que este “*poderia conveniar-se com outros municípios jurisdicionados à Comarca de Uberaba por expandir a sua atuação, naquilo que lhe for permitido, e com outros, visando a implantação dos respectivos programa de proteção e defesa do consumidor*”. Conforme se aduz, já havia ali uma previsão de expansão regionalizada de proteção ao consumidor, tendo por núcleo a cidade de Uberaba.

Em 1997, a Lei 6.394²⁴ criou o Fundo Municipal de Interesses Difusos do Município de Uberaba – FIMID, regulamentado pelo Decreto nº 2.569/2000, para a gerência dos recursos destinados às ações e atividades do Programa Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, em defesa dos interesses difusos no Município de Uberaba, com vários objetivos, dentre eles, a “*defesa dos interesses difusos, como direito fundamental do ser humano*”, além de dotar o PROCON, “*das condições necessárias para aquisição de equipamentos e instrumentos para alcance da qualidade no atendimento das prerrogativas e direitos do consumidor*”, posteriormente, com novo texto implementado pela Lei Municipal nº 9.879/2005.

Anos mais tarde, em 2008, foi publicada a Lei Municipal 10.307²⁵, com o fito de, em uma única normatização, tratar da organização do “*Sistema Municipal de Defesa do consumidor - SMDC - institui a Coordenadoria Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, o Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor - CONDECON, e institui o Fundo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor – FMPDC*”.

Historicamente, o PROCON de Uberaba tinha por marco legal, o Sistema Municipal de Defesa do Consumidor criado por meio da Lei Municipal 10.307 de 12/12/2007, acima citada. Dentre as suas principais atribuições, o PROCON contemplava:

23 http://www.uberaba.mg.gov.br/portal/acervo/administracao/arquivos/LC_31.pdf, consulta realizada em 02 de maio de 2019.

24 <https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-ordinaria/1997/639/6394/lei-ordinaria-n-6394-1997-cria-o-fundo-municipal-de-interesses-difusos-do-municipio-de-uberaba-e-da-outras-disposicoes>, consulta efetivada em 30 de abril de 2019.

25 <https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-ordinaria/2008/1034/10349/lei-ordinaria-n-10349-2008-altera-o-anexo-ii-da-lei-n-10307-de-12-de-dezembro-de-2007-e-da-outras-providencias>, consulta realizada em 02 de maio de 2019.

I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política municipal de proteção ao consumidor; II - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, reclamações e sugestões apresentadas por consumidores, por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III - orientar permanentemente os consumidores e fornecedores sobre seus direitos, deveres e prerrogativas; IV - encaminhar ao Ministério Público a notícia de fatos tipificados como crimes contra as relações de consumo e as violações a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. V - incentivar e apoiar a criação e organização de associações civis de defesa do consumidor e apoiar as já existentes, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais; VI - promover medidas e projetos contínuos de educação para o consumo, podendo utilizar os diferentes meios de comunicação e solicitar o concurso de outros órgãos da Administração Pública e da sociedade civil; VII - colocar à disposição dos consumidores mecanismos que possibilitem informar os menores preços dos produtos básicos; VIII - manter cadastro atualizado de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, divulgando-o pública e, no mínimo, anualmente, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.078/90 e dos artigos 57 a 62 do Decreto 2.181/97; IX - Expedir notificações aos fornecedores para prestarem informações sobre reclamações apresentadas pelos consumidores e comparecerem às audiências de conciliação designadas, nos termos do art. 55, § 4º da Lei 8.078/90; X - instaurar, instruir e concluir processos administrativos para apurar infrações à Lei 8.078/90, podendo mediar conflitos de consumo, designando audiências de conciliação; XI - fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, regulamentado pelo Decreto nº 2.181/97; XII - solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnica para a consecução dos seus objetivos; XIII - encaminhar os consumidores que necessitem de assistência jurídica à Defensoria Pública do Estado.

O despertar para um atendimento regional se consolidou em 2015.

Entretanto, a **história desta regionalização** deveu-se a intenso trabalho exercido pelas Gestões dantescas ao referido ano de 2015, anotando que, desde há muito tempo este PROCON municipal, dentro de suas possibilidades, sempre prestou atendimentos jurídico e administrativo a diversos municípios da região. Assim, essa regionalização, de fato, já vinha há muito ocorrendo. E, uma das subscritoras do presente artigo - Eclair Gonçalves Gomes -, teve a grande honra de vivenciar e participar de todo esse procedimento preceptor da transformação do PROCON de Uberaba em FUNDAÇÃO PROCON, de caráter regionalizado. A histó-

ria de bastidores era criar um PROCON REGIONAL, tendo como polo Uberaba e que por meio de um convênio e/ou consórcio intermunicipal, se sistematizasse o apoio aos municípios da Microrregião do Vale do Rio Grande e outros municípios que manifestassem interesse em participar. E, com a criação do PROCON REGIONAL, a cidade polo, que seria Uberaba, poderia inclusive prestar o apoio jurídico e administrativo, em cumprimento aos ditames da Lei 12.741/2012 nos municípios onde ainda não existisse a figura do PROCON devidamente instituída. O aporte técnico e jurídico tinha por propósito os municípios associados aos Municípios vinculados à Microrregião do Vale do Rio Grande - AMVALE - Associação dos Municípios do Vale do Rio Grande, visando à consolidação das políticas voltadas para a Proteção e Defesa do Consumidor, por meio de convênio de cooperação e/ou Consórcio Intermunicipal.

Dentre os propósitos **preceptores** de criação do PROCON REGIONAL, com abrangência das cidades que compunham a AMVALE (Associação dos Municípios do Vale do Rio Grande), **propunha-se o seguinte plano de ação:**

“1) Estabelecer um Convênio e/ou Consórcio com os 13 municípios associados à AMVALE, fazendo-se incluir os municípios de Pedrinópolis e Perdizes; onde o PROCON Uberaba, que será a sede do PROCON REGIONAL, terá como principal atribuição, dar o aporte técnico e jurídico para as ações que serão desenvolvidas nos municípios que a compõe, no que tange a disciplinar as relações de consumo. 2) Considerando que a proposição passe pelo âmbito de um consórcio público, faz-se necessário um protocolo de intenções definindo o local da sede, sendo proposta a denominação PROCON REGIONAL .3) Em cada um dos municípios participantes, teríamos uma unidade responsável por receber as reclamações e recepcionar as demandas consumeristas locais; 4) No Convênio e/ou Consórcio deverá ficar discriminado que as cidades participantes, deverão oferecer o suporte logístico como o espaço físico, todo o aparato técnico (telefones, internet) e a cessão de um servidor que será o apoio no encaminhamento das demandas técnicas e jurídicas ao pólo (PROCON UBERABA). 5) O Pólo (Uberaba) por sua vez, deverá ter um corpo técnico formado por advogados, com especialização em direito do consumidor que farão a análise e emitirão as decisões administrativas pertinentes aos processos. 6) O Município de Uberaba poderia contribuir com 40% para a manutenção da Unidade Regional, incluindo a contratação de 03 (três) assistentes jurídicos bacharéis em Direito; 02 (dois) advogados devidamente inscritos na Ordem dos Advogados, preferencialmente

especialistas em direito do consumidor; 02 (dois) assistentes administrativos; 02 (dois) fiscais. Os 60% restantes seriam de responsabilidade dos demais municípios, que também seriam responsáveis pelo custeio das unidades locais; 7) Quando necessário, em casos que requeiram intermediação e/ou ações mais efetivas, a equipe técnica do PROCON REGIONAL, se deslocaria para cada um dos municípios participantes para a realização de audiências, para fiscalizações e para ações educativas voltadas para o consumo; 8) Para conferir maior equidade e transparência nas decisões arbitradas pelo corpo técnico do PROCON REGIONAL, propõe-se a criação de uma turma recursal para a reanálise das decisões administrativas, proferidas nos procedimentos administrativos; 9) Será organizado um Fórum Regional de Defesa do Consumidor, com a presença de técnicos da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, para o lançamento oficial do PROCON REGIONAL e as cidades participantes desse convênio e/ou consórcio deverão enviar seus representantes municipais. 10) O Pólo do PROCON REGIONAL(Uberaba), se responsabilizará pela capacitação de todos os representantes das cidades que compõe o consórcio e/ou convênio, na lógica da busca do equilíbrio nas relações de consumo entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, tendo em vista o reconhecimento da vulnerabilidade dos primeiros no mercado de consumo. 11) Vale ressaltar que a capacitação orientará quanto ao acolhimento ao consumidor, estudo de noções básicas da legislação que regula as relações de consumo no país, estabelecimento de formulários padrão para coleta de dados quanto às denúncias dos consumidores, estabelecimento de agenda de ações nos municípios participantes de acordo com as demandas da sociedade (orientações quanto a compra de material escolar, locais onde a cesta básica está com preço mais acessível, orientações quanto à locação de imóveis, entre outros), implementação de ações educativas junto aos alunos das redes pública e particular de ensino nos municípios, apresentando aos estudantes do ensino fundamental das escolas públicas e particulares a importância da utilização dos recursos naturais de forma racional e equilibrada contribuindo para o desenvolvimento sustentável e o controle do consumo de forma consciente. As atividades serão acompanhadas e avaliadas por meio de relatórios específicos e partilhados com todos os participantes do convênio e/ou consórcio, bem como, será feita prestação de contas semestral de todos os recursos que forem alocados para execução da proposta. Com a execução dessa proposta, espera-se sistematizar o atendimento jurídico e administrativo na consolidação das políticas voltadas para a Proteção e Defesa do Consumidor aos Municípios pertencentes à Microrregião do Vale do Rio Grande e outros municípios que manifestarem interesse em participar”.

No alinhamento tão sonhado, com a Lei Complementar nº 488²⁶, no ano de 2015, o Poder Executivo do Município de Uberaba instituiu o PROCON de Uberaba, que galgou o patamar de FUNDAÇÃO. Encontra-se vinculada ao ente federado municipal e tem personalidade jurídica de direito público, com autonomia técnica, administrativa e financeira. A Fundação PROCON tem como missão principal equilibrar e harmonizar as relações entre consumidores e fornecedores, elaborar e executar a política de proteção e defesa dos consumidores de Uberaba e região.

Para o desempenho dessa função institucional conta com o apoio de um grupo técnico multidisciplinar que desenvolve atividades nas mais diversas áreas de atuação, tais como: educação para o consumo; recebimento e processamento de reclamações administrativas, individuais e coletivas, contra fornecedores de bens ou serviços; orientação aos consumidores e fornecedores acerca de seus direitos e obrigações nas relações de consumo; fiscalização do mercado consumidor para fazer cumprir as determinações da legislação de defesa do consumidor; acompanhamento e propositura de ações judiciais coletivas; estudos e acompanhamento de legislação nacional e internacional, bem como de decisões judiciais referentes aos direitos do consumidor; pesquisas qualitativas e quantitativas na área de defesa do consumidor; suporte técnico para a implantação do PROCON Regional, dentre outras.

O Município de Uberaba, através dos Gestores que dantes estiveram e hoje estão à frente do referido Órgão Consumerista, tem seguido os paradigmas preconizados na Agenda 21 Brasileira e nas legislações específicas aplicáveis, e sua atuação vem se consolidando a cada dia na Cidade e Região.

5 – A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E OS POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A presente Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor é um entendimento recente e foi criado pelo advogado Capixaba Marcos Dessaune²⁷, que defende que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução

26 <https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-complementar/2015/48/488/lei-complementar-n-488-2015-autoriza-o-poder-executivo-a-instituir-a-fundacao-municipal-de-protacao-e-defesa-do-consumidor-procon-e-da-outras-providencias>, consultado em 02 de maio de 2019.

27 DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável. O consumidor, ao desperdiçar o tempo de suas atividades para resolver problemas de consumo que efetivamente não criou, é passivo de um dano extrapatrimonial de natureza indenizável *in re ipsa*, ou seja, um *dano moral presumido*, pois excepcionalmente, o dano moral é presumido e independe de comprovação do grande abalo psicológico sofrido pela vítima. Um exemplo de dano moral *in re ipsa* é o decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, pois esta presumidamente afeta a dignidade da pessoa humana, tanto em sua honra subjetiva, como perante a sociedade.

Conforme se expôs, a indenização é por danos morais e o seu suporte encontra-se amparado no Código Civil Brasileiro (art. 186), ao anotar que:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifei).

O doutrinador Pablo Stolze²⁸ afirma que:

“o dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.

Ainda, Pablo Stolze²⁹:

“A natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma compensação material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil”.

Dessaune³⁰ destaca em sua obra que:

“Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) preconize que os produtos e serviços colocados no mercado de con-

28 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Manual de direito civil; volume único* – Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 891.

29 GAGLIANO. Obra citada. Pág. 894.

30 DESSAUNE. Obra citada. Pág. 47-48

sumo devam ter padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho – para que sejam úteis e não causem riscos ou danos ao consumidor – e também proíba, por outro lado, quaisquer práticas abusivas, ainda são ‘normais’ em nosso País situações nocivas como:

- Enfrentar uma fila demorada na agência bancária em que, dos 10 guichês existentes, só há dois ou três abertos para atendimento ao público;*
- Ter que retornar à loja (quando ao se é direcionado à assistência técnica autorizada ou ao fabricante) para reclamar de um produto eletroeletrônico que já apresenta problema alguns dias ou semanas depois de comprado;*
(...)
- Telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de uma empresa, contando a mesma história várias vezes, para tentar cancelar um serviço indesejado ou uma cobrança indevida, ou mesmo para pedir novas providências acerca de um produto ou serviço defeituoso renitente, mas repetidamente negligenciado;*
(...)
- Levar repetidas vezes à oficina, por causa de um vício recorrente, um veículo que frequentemente sai de lá não só com o problema original intacto, mas também com outro problema que não existia antes;*
- Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome – sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete.*

A abordagem doutrinária do autor é de que a Teoria está modificando o posicionamento tradicional da jurisprudência brasileira do denominado “mero aborrecimento” ou, “mero dissabor”. Significa, muito mais que isso, eis que nos eventos danosos de desvio produtivo, os bens ou interesses jurídicos lesados são o tempo vital e as atividades existenciais do consumidor como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer, o convívio social, dentre outros, e não a sua integridade psicofísica. O autor da Teoria traduz com clareza solar quais os bens e interesses que efetivamente são lesados.

Como bem exposto por Tartuce³¹,

“tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a

31 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único I* – Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. pág. 558.

dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral”.

A Teoria em questão aborda também que os **danos materiais** poderão ser ressarcidos se devidamente comprovados.

E nesse toar, como citado, os Tribunais Superiores já têm admitido a referida Teoria em decisões que envolvem lesão aos interesses consumeristas.

A primeira decisão data de 12/9/2017. No julgamento colegiado do REsp 1.634.851/RJ, interposto pela Via Varejo, a 3ª Turma do STJ, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, já havia mencionado o *Desvio Produtivo do Consumidor* para negar provimento ao recurso especial daquele fornecedor: “À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo”, disse a Ministra³².

É possível afirmar que esta Teoria tem-se revelado como um considerável avanço na defesa consumerista. Inúmeros recursos, produtos e serviços são disponibilizados ao consumidor com o fito de lhe poupar o tempo. Assim, não é justo que o consumidor perca este tempo, que já é tão escasso, para tentar solucionar problemas decorrentes dos bens ou serviços concebidos exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo.

De acordo com a matéria publica em site eletrônico³³, o STJ reconhece a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, a saber:

Em quatro decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo para condenar fornecedores a indenizar em danos morais por desvio produtivo do consumidor.

Estado falha em cumprir seu dever de proteger consumidor, afirma Bellizze.

O mais recente precedente do STJ foi publicado nesta quinta-feira (25/4) em decisão monocrática do ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do AREsp 1.260.458/SP na 3ª Turma, que conheceu do

32 <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrighi-stj-teoria.pdf>, consulta realizada em 28 de maio de 2019.

33 <https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>, consulta realizada em 28 de maio de 2019.

agravo para rejeitar o Recurso Especial do Banco Santander. Como fundamento da sua decisão, o relator adotou o acórdão do TJ-SP que reconheceu, no caso concreto, a ocorrência de danos morais com base na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

Para Bellizze, ficaram caracterizados o ato ilícito e o conseqüente dever de indenizar, da mesma forma que decidiu o tribunal paulista, que viu como absolutamente injustificável a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos contestados pela consumidora. “Notório, portanto, o dano moral por ela suportado, cuja demonstração evidencia-se pelo fato de ter sido submetida, por longo período [por mais de três anos, desde o início da cobrança e até a prolação da sentença], a verdadeiro calvário para obter o estorno alvitrado”, afirmou o ministro.

“Especialmente no Brasil é notório que incontáveis profissionais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão consumidor em observância à sua missão, acabam fornecendo-lhe cotidianamente produtos e serviços defeituosos, ou exercendo práticas abusivas no mercado, contrariando a lei”, diz o ministro Marco Aurélio Bellizze.

“Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências – de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer – para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar”, votou Bellizze, em decisão monocrática.

Outros precedentes do STJ

Em outra decisão monocrática, também recente, publicada em 27 de março, o ministro Antonio Carlos Ferreira, relator do AREsp 1.241.259/SP na 4ª Turma do STJ, também conheceu mas negou provimento ao Agravo em Recurso Especial da Renault do Brasil.

O relator igualmente adotou, como fundamento da sua decisão, o acórdão do TJ-SP que reconheceu, na espécie, a existência de danos morais com base na teoria: “Frustração em desfavor do consumidor, aquisição de veículo com vício ‘sério’, cujo reparo não torna indene o périplo anterior ao saneamento - violação de elemento integrante da moral humana, constituindo dano indenizável - desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune - inteligência dos artigos 186 e 927 do Código Civil. ‘Quantum’ arbitrado de acordo com a extensão do dano e dos paradigmas jurisprudenciais - artigo 944, do Código Civil - R\$15 mil”, registra a ementa.

Em decisão monocrática publicada em outubro do ano passado, o ministro Paulo De Tarso Sanseverino, relatou o AREsp 1.132.385/SP na 3ª Turma, e do mesmo modo conheceu mas negou provimento ao Agravo em Recurso Especial da Universo Online.

Como fundamento da sua decisão, o relator também adotou o acórdão do TJ-SP que reconheceu, na hipótese, a ocorrência de danos mo-

rais com base na no Desvio Produtivo do Consumidor, conforme a trecho da ementa: Reparação de danos morais por danos à honra objetiva da autora devida. Reparação por desvio produtivo, caracterizado pela falta de pronta solução ao vício do serviço noticiado, também devida, como forma de recompor os danos causados pelo afastamento da consumidora da sua seara de competência para tratar do assunto que deveria ter sido solucionado de pronto pela fornecedora”.

Observa-se, portanto, que as Cortes Superiores brasileiras atualmente já admitem e mantêm os valores indenizatórios fixados a título de dano moral por conta do tempo desperdiçado pelo consumidor para resolver problemas oriundos da má prestação de serviço do fornecedor ou vício no produto, o que representou, repisa-se, uma grande conquista em termos de defesa do consumidor.

6 – CONCLUSÃO:

O trabalho de pesquisa se propôs a tratar da defesa do consumidor e, iniciando por uma abordagem definicional, observa-se que o tema tem galgado pilares importantíssimos em termos legais e entendimentos doutrinários, de forma a também ter apresentado substancial mudança de posicionamentos em nossas Cortes Superiores.

Observa-se que se busca uma proteção integral, plena, daquele que é mais vulnerável na relação de consumo e, não se pode admitir que fatos que causam prejuízos ao tempo do consumidor sejam entendidos como meros aborrecimentos ou transtornos. O trabalho, o descanso, o lazer, o convívio social etc., bens e interesses jurídicos do consumidor, não podem ser lesados e merecem ser tutelados e, conseqüentemente, se provados, indenizados justamente, conforme se propõe a importantíssima Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

FELDMANN, F. Consumismo. In: TRIGUEIRO, A. (Org.). *Meio Ambiente no*

século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas desconhecimento. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Editora Forense. 2ª Edição. 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. Editora Atlas. 8ª Edição. 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Manual de direito civil; volume único* – Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Eclair Gonçalves. Revista Jurídica UNIJUS. Artigo publicado sob o título “Contrato de Adesão e o CDC – Abusividade e controle prévio”, vol. 12. N. 16. Maio 2009.

<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-productivo-consumidor>

<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-min-nancy-andrighi-stj-teoria.pdf>

<https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-ordinaria/2008/1034/10349/lei-ordinaria-n-10349-2008-altera-o-anexo-ii-da-lei-n-10307-de-12-de-dezembro-de-2007-e-da-outras-providencias>

<https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-complementar/2015/48/488/lei-complementar-n-488-2015-autoriza-o-poder-executivo-a-instituir-a-fundacao-municipal-de-protecao-e-defesa-do-consumidor-procon-e-da-outras-providencias>

<https://leismunicipais.com.br/a/mg/u/uberaba/lei-ordinaria/1997/639/6394/lei-ordinaria-n-6394-1997-cria-o-fundo-municipal-de-interesses-difusos-do-municipio-de-uberaba-e-da-outras-disposicoes>

http://www.uberaba.mg.gov.br/portal/acervo/administracao/arquivos/LC_31.pdf

<https://www2.leismunicipais.com.br/leismunicipais/originais/mg/uberaba/lei-ordinaria-4662-1991.pdf>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

<http://www.procon.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=406>

<https://www.infoescola.com/direito/procon/>

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Agenda-21/capitulo-04-mudanca-dos-padroes-de-consumo.html>

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 2ª Edição. Editora Atlas. 2005.

PIRES, M. O. *A Perspectiva do Desenvolvimento Sustentável*. In: LITTLE, P. E. *Políticas Ambientais no Brasil: análises, instrumentos e experiências*. Brasília, DF: IIEB, 2003.

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO. Vol. II. N. 3 – setembro 2012 - Editora J.J. BONIJURIS artigo “*Da Tutela do Consumidor em Portugal e do Papel do Ministério Público*”.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único I* – Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

PROTEÇÃO JURISDICIONAL DO CONSUMIDOR NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO

ALEXANDRE PREVEDELLO¹

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) encontra-se prestes a completar três décadas de vigência e revelam-se notórias as dificuldades para fins de efetiva tutela dos direitos nele previstos, pois à medida que algumas práticas abusivas são afastadas outras persistem e novas são introduzidas no mercado de consumo, não sendo possível ao legislador prevê-las antecipadamente e nem aos tribunais prestar tutela jurídica no tempo adequado para evitar a concretização de danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Partindo dessa perspectiva o presente ensaio - que utiliza como abordagem básica o método dedutivo, além do método sistemático para fins de interpretação e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial - tem por escopo examinar o grau de proteção jurisdicional do consumidor no tocante a uma relação contratual complexa e importantíssima em sua vida: a aquisição de imóvel em construção. Trata-se de tema relevante (direito fundamental à moradia) que tem suscitado decisões judiciais conflitantes e que ganhou ainda mais destaque social e jurídico com a elaboração de uma política pública habitacional de caráter nacional (programa minha casa minha vida) cujo objetivo foi o de facilitar a aquisição de imóveis principalmente pela população menos favorecida economicamente.

Examinam-se algumas práticas e cláusulas contratuais que têm sido objeto de disputas judiciais entre adquirentes e incorporadoras à luz das decisões dos tribunais, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça, que possui a função de uniformizar a jurisprudência em matéria infraconstitucional e, desse modo, a difícil atribuição de concretizar dois grandes direitos fundamentais: igualdade e segurança jurídica. Impor-

1 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (2018). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008). Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7268769170091911>. E-mail: aleprevedello@hotmail.com.

tante registrar que a Lei n. 13.786/2018, denominada por alguns como Lei do Distrato e que introduziu alterações relevantes nas Leis n. 4.591/64 e n. 6.766/79, não será objeto de investigação, na medida em aplicável aos contratos firmados após a sua vigência (28/12/2018).

O desenvolvimento do trabalho ocorrerá em três etapas. Primeiro, faz-se um breve exame acerca da caracterização da relação de consumo na aquisição do imóvel em construção, enfatizando-se a vulnerabilidade do consumidor-adquirente em geral e do consumidor-adquirente de baixa renda em especial. Depois, são analisadas algumas práticas abusivas que ocorrem tanto na fase de formação como na fase de execução contratual, confrontando-as especialmente com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

1- CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR-ADQUIRENTE

O compromisso de compra e venda que formaliza a aquisição do imóvel em construção não foi objeto de expressa menção no Código de Defesa do Consumidor, embora o *caput* do art. 12 mencione expressamente o construtor (que não necessariamente é o incorporador² e alienante da unidade) e o *caput* do art. 53 disponha sobre contrato de compra e venda de imóveis mediante pagamento em prestações, circunstâncias que evidenciam o “claro propósito do legislador de submeter a incorporação/construção à disciplina do Código do Consumidor por se tratar de um dos segmentos mais estratégicos e nevrálgicos do mercado de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 1.380).

Além disso, o legislador infraconstitucional ao qualificar a figura do fornecedor, fazendo menção às atividades de construção e de comercialização de produtos (art. 3º, §2º), e ao definir bem imóvel na definição de produto (art. 3º, §1º) não deixa margem para dúvidas de que quem adquire

2 A definição jurídica do incorporador pode ser encontrada no art. 29 da Lei 4.591/64, que considera “incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas”.

um imóvel como destinatário final será considerado consumidor (art. 2º).

Incidem, portanto, as disposições do Código de Defesa do Consumidor em contratos de compra e venda de imóvel em construção (ou na planta) quando há de um lado uma incorporadora como alienante e de outro, como adquirente, uma pessoa física - ou até mesmo jurídica - com escopo de destinação não econômica do imóvel (em geral para fins de moradia)³. Essas disposições não se aplicam isoladamente à relação contratual, visto que dialogam com normas da Lei 4.591/64 (Lei das Incorporações), do Código Civil e da Lei 10.931/04 (Lei do Patrimônio de Afetação), resultando num verdadeiro diálogo das fontes (MARQUES, 2016, p. 488).

Eventual locação, revenda ou utilização do bem para fins econômicos (notadamente economia informal) após a entrega das chaves não altera o caráter da relação jurídica, quer dizer, não a transmuta para relação civil ou empresarial, ainda que tais fatos possam derrotar a caracterização inicial. Isso porque o objetivo primitivo normalmente é a utilização do imóvel para fins de moradia, de modo que motivos supervenientes à assinatura do contrato e concernentes ao direito de propriedade não alteram sua constituição inicial (PFEIFFER, 2016, p. 84).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça tem mitigado a teoria finalista (ou adotado a teoria finalista mitigada), o que significa a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses concretas em que, embora não caracterizados os conceitos de fornecedor ou de destinatário final do produto ou serviço, a pessoa física ou jurídica “apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica, autorizando a aplicação das normas prevista no CDC” (AgInt no AREsp 728.797/RS, Rel. Ministro, DJe 28/05/2018).

Logo, somente em casos excepcionais, como um consumidor com grande capacidade financeira e conhecimento das práticas de mercado (um grande investidor do ramo imobiliário habituado a tais transações, por exemplo), será possível cogitar da não aplicação do CDC (PFEIFFER, 2016, p. 85).

Por outro ângulo, o compromisso de compra e venda celebrado em geral para fins de constituição de um futuro condomínio de unidades, embora expresse uma relação jurídica individual, acaba por extravasar essa individualidade, denotando inequívoco interesse

3 Trata-se de entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, que já assentou, em 2002, que “os contratos de promessa de compra e venda em que a incorporadora se obriga à construção de unidades imobiliárias, mediante financiamento, enseja relação de consumo sujeita ao CDC, porquanto a empresa enquadra-se no conceito de fornecedora de produto (imóvel) e prestadora de serviço (construção do imóvel nos moldes da incorporação imobiliária). (...)” (REsp 334.829/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 04/02/2002).

coletivo, na medida em que “a função do negócio da incorporação é comum a todos os adquirentes e tem como objeto a totalidade da edificação, e não apenas as unidades imobiliárias que constituem o objeto de cada contrato” (CHALHUB, 2011, p. 1259).

Esse interesse coletivo foi maximizado com a viabilização material e jurídica da aquisição de imóveis em construção por pessoas de baixa renda a partir de política pública social atrelada a financiamento bancário governamental. Com efeito, o programa *minha casa minha vida*⁴ possui inequívoca relevância social e econômica, na medida em que versa sobre o direito à habitação digna e com o sonho de milhões de brasileiros de possuir imóvel residencial próprio, além de impulsionar a economia ao incrementar a construção civil, impactando positivamente tanto na geração de empregos formais como na arrecadação de tributos (PFEIFFER, 2016, p. 82).

Em tais casos, a vulnerabilidade é superdimensionada, pois os novos consumidores fazem parte de uma grande parcela da população brasileira que até então não imaginava a possibilidade de aquisição de um imóvel novo, circunstância que o torna “psicologicamente mais propenso a não observar detalhes da contratação” (PFEIFFER, 2016, p. 83). Acrescenta-se que boa parcela da população de baixa renda possui déficit educacional, o que dificulta a compreensão das cláusulas contratuais e torna possível enquadrá-los na categoria de consumidor hipervulnerável, circunstância que demanda proteção diferenciada.

Nesse sentido, Pasqualotto (2017, p. 84) reconhece que fatores sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos agravam a vulnerabilidade - que constitui uma premissa dos consumidores tratados em seu caráter universal - de determinados grupos. Assim, há a necessidade do exame particular da hipervulnerabilidade, inclusive no tocante à condição financeira e a formação educacional como fatores específicos que contribuem para o seu reconhecimento, circunstância que geralmente - e não necessariamente - se verifica nos adquirentes de imóveis do programa *minha casa minha vida*.

Essa debilidade psicológica aliada ao possível déficit de instrução formal é de conhecimento das grandes incorporadoras, que se

4 Trata-se de programa do governo federal criado pela Lei 11.977/2009, com alterações pela Lei 12.424/2011 e pela Lei 13.274/2016. Conforme o art. 1º, o objetivo é “criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais).”

aproveitam dessa situação, notadamente nos denominados “Feirões da casa própria”, em que o consumidor é exposto a estratégias de venda em que se maximiza a possibilidade de concretização de um sonho em detrimento da efetiva capacidade financeira e da grande probabilidade de endividamento, mormente porque o incorporador receberá a integralidade do pagamento e o restante do relacionamento será entre consumidor e o fornecedor do crédito.

Além disso, o financiamento imobiliário (que não será objeto de exame em virtude de limitações espaciais) também é um instrumento que carrega consigo cláusulas abusivas, a ponto de Tartuce (2014, p. 178) afirmar que “os contratos para aquisição de imóvel de forma financiada no Brasil, a longo prazo, são verdadeiras arapucas aos adquirentes”, razão pela qual não recomenda a celebração de tais contratos que possuem a aptidão de acarretar superendividamento⁵.

Reconhecendo-se que há consumidores que merecem atenção especial quando se trata de contrato de aquisição de imóvel em construção, impende examinar algumas práticas abusivas e as principais cláusulas contratuais controvertidas, tanto na formação como na execução dos contratos, e a adequação das soluções judiciais à luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

2 - PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA FASE DE FORMAÇÃO DO CONTRATO

A proteção jurídica constante do CDC teve um claro propósito de completude, porquanto todas as etapas da contratação foram objeto de disciplina, ou seja, as normas alcançam tanto a fase pré-contratual como a fase pós-contratual, passando evidentemente pela fase de execução. Daí a razão pela qual se assinala que “probidade e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos” (FACHIN, 2011, p. 170).

No tocante à etapa inicial, o dever de adequadamente informar o

5 Tartuce (2014, p. 178) complementa o raciocínio com um lamento sobre a situação: “Infelizmente, há uma verdadeira exploração do brasileiro comum, que sonha com a sua casa própria. O sonho se transforma em pesadelo na realidade. Infelizmente, a piorar a situação, muitos desses contratos, abusivos na essência, são subsidiados por bancos com capital público, dando a falsa sensação, aos adquirentes, de que são negócios justos e seguros. Triste realidade vive o País”.

consumidor assume relevância, aplicando-se em sua totalidade a normatividade que decorre dos artigos 30, 31 e 52 do CDC, os quais protegem as legítimas expectativas daquele em todos os aspectos da contratação (MIRAGEM, 2016, p. 431).

Institucionalizaram-se muitas regras jurídicas que regulamentam o que é permitido, proibido e obrigatório, inclusive na fase pré-contratual, como a que veda a publicidade enganosa ou abusiva (art. 37). Entretanto, o destaque ficou por conta da normatividade dos princípios jurídicos para fins de interpretação e aplicação das regras constantes do CDC e do mesmo modo das cláusulas (regras) contratuais.

Nesse contexto, Marques (2016, p. 814) esclarece que os princípios básicos na formação do contrato - que é a fase de aproximação e elaboração do instrumento que vincula contratualmente fornecedor e consumidor - são o da transparência (art. 4º, *caput*) e o da boa-fé ou lealdade (art. 4º, III). A noção central do primeiro significa uma relação contratual sincera e menos danosa entre os sujeitos do contrato, enquanto o segundo é o princípio máximo orientador das relações de consumo⁶. É com essa visão que se deve examinar as práticas que ocorrem antes ou concomitantemente à formação contratual.

2.1 - UNIDADES COMERCIALIZADAS SEM REGIME DE INCORPORAÇÃO

Uma prática usual das incorporadoras é iniciar a divulgação do material publicitário e, assim, negociar as unidades no mercado de consumo sem que exista o efetivo registro, no Ofício Imobiliário, da incorporação. Configura conduta contrária ao *caput* do art. 32 da Lei 4591/64⁷, tanto que consta, no §3º, a obrigatoriedade de o número de registro da incorporação constar dos anúncios, impressos, publicações, propostas,

6 Marques explicita o significado da boa-fé objetiva como “uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (MARQUES, 2016, p. 222).

7 Como refere Pereira (2011, p. 1177), “o art. 32 estabelece as condições para que o incorporador possa negociar sobre unidades autônomas em edifício coletivo, em regime condominial, arquivando no cartório de Registro de Imóveis os documentos ali relacionados, entre os quais o memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o n. IV do art. 53”.

contratos (preliminares ou definitivos)⁸.

Ordinariamente há apenas informação do número do protocolo do projeto arquitetônico junto à prefeitura municipal, com a informação de que a comercialização somente ocorrerá após o registro definitivo no Cartório de Registro de Imóveis, circunstância que nem sempre corresponde à realidade na medida em que a comercialização é concomitante com a divulgação do material publicitário e com a construção do estante de vendas no local da obra.

Isso é assim porque possibilita averiguar a aceitação da obra no mercado consumidor e junto aos investidores. Caso não se verifique uma boa recepção, no sentido de vendas futuras sem dificuldade excessiva, o projeto é abandonado antes da organização de todos os documentos especificados no art. 32 da Lei 4.591/64, cujo objetivo é oportunizar ao interessado em adquirir uma unidade a possibilidade e a capacidade de “avaliar o grau de segurança jurídico-patrimonial do negócio que pretende celebrar” (CHALHUB, 2011, p. 1268)⁹.

Não obstante a potencial lesividade desta prática, sobretudo quando a execução da incorporação é abandonada após a aquisição por parte de alguns consumidores, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰ tem en-

8 Em parecer jurídico elaborado a pedido de uma associação sobre as consequências jurídicas da publicidade, lançamento e vendas de unidades de edifício sem registro de incorporação, Camblor (2018, p. 341) conclui não ser possível ao incorporador instalar e operar stand de vendas para o público consumidor mesmo sem proceder venda sem que esteja formalizado o registro da incorporação imobiliária. Tampouco é possível realizar “reservas” de unidade com recebimento de valores ou garantias ou veicular qualquer tipo de publicidade sem o registro da incorporação. Os fundamentos decorrem da incidência do Código de Defesa do Consumidor e do disposto no art. 32 da Lei de Condomínio e Incorporação.

9 Isso porque o registro torna pública “as informações sobre toda a história do imóvel, constantes de sua matrícula no Registro de Imóveis, como, também, a situação jurídica e patrimonial do incorporador, as condições peculiares pelas quais o incorporador negociou o terreno (se pagou à vista, se parceladamente, se obteve a titularidade por permuta, quais as condições da permuta, se for o caso etc), a situação jurídica do incorporador (se é mesmo titular da incorporação ou se é procurador do incorporador), os ônus fiscais e os ônus reais que pesam sobre o terreno, a cópia do projeto de execução aprovado pelas autoridades competentes, a licença de obra, o orçamento da obra, a específica situação do incorporador perante a Previdência Social, a discriminação das frações ideais em que ficará dividido o terreno, em razão da incorporação etc” (CHALHUB, 2011, p. 1268).

10 Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1107117/SC, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 22/02/2011; AgRg no REsp 595.965/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 27/11/2012.

tendido que a inexistência do registro não é causa por si só para reconhecimento da nulidade ou da anulabilidade do contrato de promessa de compra e venda, uma vez que tal vício pode ser sanado até a formalização do contrato definitivo de compra e venda. Logo, somente se não sanada a irregularidade administrativa até a entrega do imóvel, “pode o promissário comprador postular a resolução do contrato de promessa de compra e venda, em face do inadimplemento da obrigação por parte da incorporadora” (RESP 192.315/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18/02/2002, p. 448).

Embora tal posicionamento tenha como fundamento a conservação dos contratos, deve-se registrar que o art. 32 da Lei 4.591/64 elenca uma série de documentos imprescindíveis para a regularidade da obra e também para determinar a seriedade do empreendimento, evitando-se surpresas ao consumidor-adquirente ou fraudes na comercialização de unidades imobiliárias. A prática então deve ser fiscalizada e coibida fora da esfera judicial, exigindo atuação do Ministério Público, das prefeituras municipais e dos órgãos administrativos de proteção ao consumidor, visto que o registro tem função eminentemente preventiva de danos à coletividade.

2.2 - PUBLICIDADE ENGANOSA

Houve especial atenção no Código de Defesa do Consumidor quanto à oferta e publicidade de produtos e serviços, que são práticas muito utilizadas pelas incorporadoras, que devem observar a cláusula geral da boa-fé objetiva, como fornecer informações corretas, claras e precisas sobre todos os aspectos essenciais do imóvel e da contratação (art. 31), concretizando efetivamente o princípio da transparência e harmonia na relação de consumo (art. 4º)¹¹.

A publicidade enganosa (art. 37, §1º) na incorporação imobiliária não se limita a casos trágicos como anunciar apartamentos à venda de frente para a praia quando não é possível enxergá-la mesmo utilizando binóculos (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 1.381), pois são adotadas estratégias tendentes a mascarar-la.

11 Speranza (2013, p. 40-42) relaciona os seguintes princípios no que diz respeito à publicidade no Código de Defesa do Consumidor: a) princípio da identificação da publicidade (art. 36, caput); b) princípio da publicidade veraz (art. 37, §1º); c) princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, §2º); d) princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30); e) princípio da transparência da fundamentação da publicidade (art. 36, parágrafo único); f) princípio da correção do desvio publicitário; g) princípio da boa-fé objetiva.

Assim, é comum que os informes publicitários insiram referências de que as imagens são meramente ilustrativas e, por conseguinte, de que todas as informações relevantes se encontram no memorial descritivo do empreendimento ou no compromisso de compra e venda para fins de efetivo conhecimento acerca dos detalhamentos dos serviços, equipamentos e acabamentos.

Também não é incomum que haja informações propositalmente incorretas no material publicitário acerca do bairro em que se situa o empreendimento para fins de valorização do preço das unidades, ou seja, refere-se que a incorporação se encontra num bairro limítrofe cujo metro quadrado é mais valorizado.

Outra tática abusiva de comercialização e que tem sido muito utilizada é destacar no material publicitário o mobiliário das áreas de uso comum, inclusive com imagens de academias com equipamentos de última geração, *playgrounds* e espaços gourmets, sem a correspondente ressalva que tais móveis e equipamentos não são entregues pela incorporadora, ou seja, devem ser adquiridos pelo condomínio que será formado entre os adquirentes de unidades.

Verificam-se ainda casos de que as unidades são comercializadas com informações incorretas no tocante à metragem, ou seja, vende-se um imóvel com determinado tamanho e quando da entrega a realidade revela-se diversa, com a supressão de alguns ou vários metros. Embora a abusividade da prática, o Superior Tribunal de Justiça (REsp 594.610-PR, DJ 04/04/2005) reconheceu que se na escritura definitiva constar a metragem menor não há abusividade.

Todas essas questões - cuja pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não encontrou julgados interessantes para referir - demonstram o quanto o consumidor-adquirente deve estar atento a todos os detalhes da venda, o que obviamente não é possível de se fazer nos conhecidos feirões da casa própria.

2.3 - TRANSFERÊNCIA DO CUSTO DA ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI)

Conduta recorrente dos fornecedores é transferir ao consumidor custos de sua própria atividade. Não é, portanto, exclusividade da relação jurídica contratual sob exame, ainda que bastante utilizada em virtude de que o financiamento de grande parte do valor do imóvel faz com que o consumidor não compreenda o quanto o repasse da quantia, somada a todos os outros custos decorrentes da aquisição, lhe é financeiramente acentuada.

Um desses casos é o do denominado serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), que é imposto pela grande parte das incorporadoras aos adquirentes sob a justificativa da prestação de serviços de confecção contratual e de esclarecimentos técnicos e jurídicos.

Notam-se grandes vícios na transferência de tal custo, como a falta de informação adequada (somente quando da finalização do contrato o consumidor é cientificado da responsabilidade pelo pagamento e do valor efetivo) e o fato de que o serviço é contratado por e para benefício tão somente da incorporadora, tanto que as cláusulas da promessa de compra e venda são padronizadas (consumidor apenas adere, com pouca ou nenhuma capacidade de alteração) em conformidade com os interesses exclusivos daquela (PFEIFFER, p. 2016, p. 86).

O julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1599511/SP¹² foi no sentido de que é abusiva a cobrança pelo promitente-vendedor do serviço denominado SATI (serviço de assessoria técnico-imobiliária).

Em seu voto, o Min. Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, asseverou que a necessidade do serviço é justificada pela prestação de esclarecimentos técnicos e jurídicos em relação às cláusulas contratuais e as condições do negócio jurídico; entretanto, tal atividade é inerente ao próprio negócio de compra e venda de unidades autônomas em regime de incorporação, inclusive no tocante a apresentação de informações claras, adequadas e precisas, que se consubstancia em dever imposto pelo CDC a todos os fornecedores de produtos e serviços em geral, do que decorre a impossibilidade de se transferir tal custo aos consumidores em hipóteses específicas como a da aquisição de imóveis em construção. Considerou, ainda, que a transferência do encargo pela prestação do serviço – que muitas vezes sequer é prestado, ressalva não constante do voto, mas que não pode ser olvidada – é nula de pleno direito (art. 51, IV, do CDC) por afrontar deveres de correção, lealdade e transparência, todos decorrentes da boa-fé objetiva. Outro argumento foi o de que tal assessoria compreende um elemento de fidúcia, ou seja, se entender necessário o

12 Recurso Especial Repetitivo. Direito civil e do consumidor. Incorporação imobiliária. Venda de unidades autônomas em estande de vendas. Corretagem. Cláusula de transferência da obrigação ao consumidor. Validade. Preço total. Dever de informação. Serviço de assessoria técnico-imobiliária (sati). Abusividade da cobrança. I – Tese para fins do art. 1.040 do CPC/2015: 1.1. (...). 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. II (...) (REsp 1599511/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 06/09/2016)

consumidor “pode contratar diretamente um profissional ou advogado da sua confiança, e não alguém vinculado à incorporadora”.

Na mesma sessão também houve o reconhecimento de que a incorporadora, quando promitente-vendedora, é parte passiva legítima para responder ao pedido de restituição dos valores adimplidos sob a rubrica comissão de corretagem ou SATI (REsp 1551951/SP¹³). Isso porque a contratação foi efetivada pela incorporadora e é coerente que ela seja parte passiva legítima (teoria da asserção), ainda que os serviços tenham sido prestados por um corretor ou advogado desvinculado do seu quadro de funcionários.

Com isso abre-se a possibilidade, ou melhor, o dever de que os legitimados ingressem ações coletivas e ações civis públicas postulando a restituição de todos os valores pagos indevidamente pelos consumidores, evitando-se o ajuizamento de milhares de ações individuais.

2.4 - TRANSFERÊNCIA DO CUSTO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM

Outra questão muito debatida nos tribunais diz com a comissão de corretagem, que também é imposta aos adquirentes quando da formalização do compromisso de compra e venda; do mesmo modo que a SATI, tal verba é paga pelos consumidores para remunerar o trabalho de profissionais previamente escolhidos pela incorporadora.

Um dos argumentos pela ilegalidade de tal cobrança coincide com os vistos no tópico acima: falta de informação prévia e adequada. Outro diz com o desvirtuamento da natureza do instituto de corretagem, pois quem contrata o corretor e define o preço é o incorporador e não o consumidor-adquirente, como disciplina o art. 722 do CC. Refere-se, ainda, a ocorrência de venda casada (aquisição do imóvel condicionada à contratação do corretor) e a transferência de custos do fornecedor para o consumidor, na medida em que o corretor atua em favor do primeiro e não do segundo (MIRAGEM, 2016, p. 430).

Em realidade, a dinâmica do mercado evidência que “há uma nítida relação preestabelecida entre vendedor, a imobiliária e os corretores”, com supressão do livre-arbítrio do adquirente, que não pode escolher a interme-

13 “(...) 1. Tese para fins do art. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Legitimidade passiva ‘ad causam’ da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor (...). (REsp 1551951/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 06/09/2016)

dição, o corretor e discutir o preço, do que decorreria a impossibilidade de se transferir a responsabilidade pelo pagamento (PFEIFFER, 2016, p. 88).

Entretanto, esse entendimento não foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1599511/SP), que formulou a seguinte tese jurídica para fins do art. 1040 do NCPC, embora com algumas ressalvas:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

Primeiramente, o relator enfatizou a ausência de relação contratual direta entre o interessado no negócio (terceiro) e o corretor, cuja relação jurídica se dá apenas com o incumbente ou comitente (no caso, a incorporadora), que é quem o contratou e será o responsável, em princípio, por sua remuneração¹⁴. Além disso, na prática atual o corretor, contratado pela incorporadora, presta seus serviços em estande de vendas situado em geral no próprio local da obra. Com a intermediação perfectibilizada o encargo de pagar a comissão de corretagem é transferido para o adquirente (verbalmente, por cláusula expressa ou por um contrato autônomo entre este e o corretor). Logo, nos termos do voto, “toda a atividade desenvolvida, desde a divulgação até à contratação, tem por objetivo angariar clientes para a incorporadora”.

Após assentadas tais premissas fáticas e jurídicas que parecem laborar em desfavor da possibilidade de transferência do encargo para o consumidor-adquirente, houve o exame das vantagens tributárias, financeiras (não restituição de valor em caso de desfazimento da promessa de compra e venda, pois o pagamento foi feito diretamente ao corretor) e de *expertise* (terceirização do serviço a profissionais capacitados) decorrentes da cláusula para se concluir que a transferência não traz prejuízo econômico para os consumidores, “pois o custo da corretagem, mesmo nos contratos entre particulares, é normalmente suportado pelo comprador, seja embutido no preço, seja destacado deste”, ou, ainda, de que se “não fosse desse modo, o

14 O acórdão menciona a disciplina do contrato de corretagem no Código Civil (art. 722, 724 e 725 do CC), o regulamento da profissão de Corretor (art. 3º da Lei 6.530/78) e a controvérsia sobre a parcialidade ou isenção do corretor em sua atividade, quer dizer, se presta serviço sem favorecer qualquer das partes ou se é possível buscar favorecer ao seu contratante

custo seria embutido no preço total da compra e venda”.

Assim, o Relator aduziu que o caráter protetivo do Direito do Consumidor não é capaz de “subverter a natureza onerosa das relações negociais no mercado de consumo (...)”, concluindo que, “em princípio, é válida a cláusula que transfere para o consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem, exigindo-se apenas transparência nessa atribuição”, a qual se concretiza com a informação ao consumidor, até a celebração do contrato de promessa de compra e venda, sobre o preço total da unidade adquirida, com o valor expresso da comissão de corretagem, ainda que seu pagamento seja feito de forma separada.

3 - PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA FASE DE EXECUÇÃO CONTRATUAL

O exame agora se direciona à fase de execução do contrato, em que se intensifica a possibilidade de incidência de cláusulas abusivas e das quais o consumidor-adquirente, especialmente o hipervulnerável, não tem como evitar a sua estipulação, mesmo que cientificado corretamente de seu conteúdo. É a proteção que ocorre “em relação ao direito à prestação principal do contrato – o produto ou o serviço contratado – assim como pelo cumprimento de todos os demais deveres estabelecidos ao fornecedor por força de lei (os deveres estabelecidos pelo CDC)” (MIRAGEM, 2016, p. 304-305).

Os princípios básicos que incidem diretamente sobre a relação de consumo quando da execução do contrato são: princípio da equidade contratual, que traduz a noção de equilíbrio de direitos e deveres para se alcançar a justiça contratual, e o princípio da confiança, que tem como ideia central não só a proteção da legítima confiança como também a realização dos legítimos interesses do consumidor (MARQUES, 2016, p. 1004).

Por sua vez, Schmitt (2014, p. 110) afirma que o princípio da boa-fé objetiva, que veicula deveres anexos ao previsto no contrato, é “o principal fundamento para a vedação do uso de cláusulas abusivas, especialmente em sede de contratos de consumo”. Outra importante ferramenta encontra-se no art. 47 do CDC, que impõe um dever e não uma faculdade ao julgador: as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Com essa orientação, examinam-se as cláusulas mais controvertidas nos tribunais, as quais evidentemente não esgotam o rol de cláusulas potencial-

mente abusivas¹⁵. Importante registrar que eventuais invalidades não maculam o contrato em sua totalidade em razão do princípio da conservação do negócio jurídico de consumo que possui como razão subjacente o reconhecimento de que o consumidor é dependente de tais contratos, quer dizer, a nulidade total em lugar da nulidade parcial seria prejudicial aos próprios interesses do consumidor. Em outras palavras, optar pelo regime da invalidade parcial “permite o atendimento adequado da necessidade de consumir que desafia a todos na sociedade de consumo contemporânea” (MIRAGEM, 2016, p. 305).

3.1 - CLÁUSULA DE ANTECIPAÇÃO DE ENCARGOS CONDOMINIAIS

Prática abusiva aos direitos dos consumidores e que se buscou legitimação com sua inserção como cláusula contratual na promessa de compra e venda é a de responsabilizar o adquirente da unidade pelo pagamento das despesas de condomínio antes de sua efetiva imissão na posse do bem, que ocorre com a entrega das chaves. Ordinariamente se faz incidir a cláusula quando a obra se encontra na fase final (em geral acabamento), em decorrência da demora na realização da vistoria ou por problemas burocráticos (demora na lavratura da escritura) muitas vezes relacionados ao financiamento do imóvel (PFEIFFER, 2016, p. 91).

Ainda que tal matéria não tenha sido objeto de Recurso Especial Repetitivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁶ sedimentou-se pela sua abusividade, quer dizer, a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais somente é transferida ao adquirente com a efetiva posse do imóvel, ato que se perfectibiliza com a entrega das chaves.

3.2 - CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL E TARIFA DE ANUÊNCIA

Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias, tal como ocorre nos demais contratos de execução continuada ou diferida no tempo, normalmente há previsão que condiciona a cessão dos

15 Miragem (2016, p. 428-430) menciona cláusulas que não serão tratadas no presente ensaio, como a que autoriza a cobrança de juros antes da conclusão e entrega do imóvel e a que exonera a responsabilidade do incorporador pelo atraso da obra na hipótese de inadimplência do adquirente.

16 (...). 3. A jurisprudência desta Corte de Justiça é no sentido de que o promitente comprador passa a ser responsável pelo pagamento das despesas condominiais a partir da entrega das chaves, tendo em vista ser o momento em que tem a posse do imóvel. (...). (AgRg no AREsp 693.206/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 22/03/2018).

direitos dos adquirentes à anuência da incorporadora alienante. Tal cláusula tem como razões subjacentes a averiguação da capacidade financeira do cessionário e, assim, sua aptidão para manter o vínculo contratual, do que decorre sua inequívoca validade¹⁷.

A questão controvertida é a viabilidade de tal cláusula ser acompanhada de uma denominada taxa de anuência (ou de cessão ou de transferência), ou seja, a cessão do crédito é condicionada ao pagamento de um determinado valor para fins de concordância do incorporador.

Para Pfeiffer (2016, p. 94), referida cobrança “remunera atividades corriqueiras da incorporadora, já incluídas no preço do contrato e que reverterem em seu exclusivo benefício, sendo, assim, abusiva a cobrança”.

Tal posicionamento é compartilhado pela jurisprudência dos tribunais inferiores¹⁸ sob a justificativa de que impõe um encargo considerável - fixado em percentual sobre o contrato - ao consumidor sem que haja uma contraprestação correspondente pelo promitente-vendedor, ensejando enriquecimento sem causa deste em prejuízo daquele. Por fim, não se encontrou acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

3.3 - CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA EM CASO DE ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL

A entrega das chaves após o prazo estipulado contratualmente, além de acarretar o descumprimento do contrato, também acarreta ofensa “à regra da vinculação da oferta, uma vez que invariavelmente o prazo de conclusão da obra está estipulado no material publicitário do empreendimento” (PFEIFFER, 2016, p. 95), sendo uma das consequências de tal descumprimento é tornar automática a incidência de eventual

17 (...) 1. Não é abusiva a cláusula que proíbe o promitente-comprador do imóvel de ceder sua posição contratual a terceiro sem prévia anuência do promitente-vendedor. Precedentes. 2. Não implica desvantagem exagerada para o promitente-comprador a cláusula que condiciona a cessão do contrato à prévia quitação dos débitos contratuais e do imposto municipal. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 1027669/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 18/05/2015)

18 (...) Taxa de cessão de transferência. É abusiva a cobrança de taxa de transferência/anuência no percentual de 2% sobre o valor do contrato para o caso de cessão ou transferência de direitos. Precedentes. (...) (Apelação Cível Nº 70070944855, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 23/11/2017). No mesmo sentido: Apelação Cível Nº 70066506403, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 30/06/2016

cláusula penal prevista no contrato.

No entanto, tem sido comum a inserção da denominada cláusula de tolerância pelo atraso, cuja validade foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que fixada de modo transparente (com clareza e em destaque) na promessa de compra e venda e inserida nos informes publicitários, além de o prazo ter de ser necessariamente determinado e razoável (máximo de 180 dias); ainda, é imprescindível a notificação prévia do consumidor acerca do emprego da cláusula. Nesse sentido dispõe acórdão recente da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que ilustra adequadamente todas as particularidades fáticas e jurídicas que a cláusula envolve, bem como a repercussão do atraso na organização da vida dos consumidores adquirentes:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO DA OBRA. ENTREGA APÓS O PRAZO ESTIMADO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. PREVISÃO LEGAL. PECULIARIDADES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATENUAÇÃO DE RISCOS. BENEFÍCIO AOS CONTRATANTES. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. PRAZO DE PRORROGAÇÃO. RAZOABILIDADE. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, a qual permite a prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra. 2. A compra de um imóvel “na planta” com prazo e preço certos possibilita ao adquirente planejar sua vida econômica e social, pois é sabido de antemão quando haverá a entrega das chaves, devendo ser observado, portanto, pelo incorporador e pelo construtor, com a maior fidelidade possível, o cronograma de execução da obra, sob pena de indenizarem os prejuízos causados ao adquirente ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra (arts. 43, II, da Lei nº 4.591/1964 e 927 do Código Civil). 3. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância. 4. Aos contratos de incorporação imobiliária, embora regidos pelos princípios e normas que lhes são próprios (Lei nº 4.591/1964), também se aplica subsidiariamente a legislação consumerista sempre que a unidade imobiliária for destinada a uso próprio do adquirente ou de sua família. 5. Não pode ser reputada abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e

venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável, já que possui amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também em lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), constituindo previsão que atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemos. 6. A cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Tal disposição contratual concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude sujeita a diversos obstáculos e situações imprevisíveis. 7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC). 8. Mesmo sendo válida a cláusula de tolerância para o atraso na entrega da unidade habitacional em construção com prazo determinado de até 180 (cento e oitenta) dias, o incorporador deve observar o dever de informar e os demais princípios da legislação consumerista, cientificando claramente o adquirente, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do prazo de prorrogação, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Igualmente, durante a execução do contrato, deverá notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação. 9. Recurso especial não provido. (REsp 1582318/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017)

Ante a importância da cláusula em questão para a organização de importantes aspectos da vida do consumidor-adquirente, há necessidade de uma atuação refletida por parte da incorporadora, no sentido de informar correta e constantemente aquele acerca do andamento da obra, quer dizer, deve haver uma interlocução constante entre os parceiros contratuais¹⁹.

19 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi ratificado e positivado pelo legislador com a edição da (Lei 13.786/2018 – Lei do Distrato) ao se inserir o art. 43-A na Lei 4.591/64.

3.4 - A CLÁUSULA QUE PERMITE A CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA DO IMÓVEL ADQUIRIDO COMO GARANTIA DE FINANCIAMENTO DO INCORPORADOR

Apesar de a questão ter sido disciplinada na Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 30/03/2005, ao dispor que “a hipoteca firmada entre construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”, é importante lembrá-la para explicitar o grau de vulnerabilidade dos consumidores ao adquirir imóveis de grandes incorporadoras, que se valem de cláusulas contratuais inequivocamente abusivas para lesá-los.

A Encol S/A Engenharia notabilizou-se por tal conduta ao incluir nos seus contratos disposições em que o adquirente expressamente autorizava que sua unidade fosse dada em garantia hipotecária de financiamentos bancários firmados por si, inclusive após a conclusão da incorporação ou pagamento integral do preço pelo adquirente. Não obstante tal cláusula seja notoriamente abusiva²⁰, como tais bens foram efetivamente dados em hipoteca para instituições financeiras, muitos adquirentes tiveram e outros continuam a litigar judicialmente em face das instituições financeiras para terem reconhecido seu legítimo direito à moradia.

Registra-se o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1261198/GO²¹), em que se ratificou a viabilidade

20 Pasqualotto (2001, p. 1164) refere que “a cláusula-mandato, inserida em contrato de adesão, de que se serve o incorporador ou construtor para realizar a hipoteca, é abusiva e, portanto, nula, porque opera efeito vedado por lei em contrato conexo, do qual não participa o consumidor, colocando-o em posição de desvantagem exagerada”.

21 (...). 2. A jurisprudência dominante desta eg. Corte Superior já proclamou que o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis, quando constatada a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado, bem como para ajuizar ação civil pública em que se postula a nulidade de cláusula contratual que autoriza a constituição de hipoteca por dívida de terceiro (ENCOL), mesmo após a conclusão da obra ou a integralização do preço pelo promitente comprador (REsp nº 334.929/DF). Precedentes. 3. (...) 4. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel (Súmula nº 308 do STJ). 5. O Juízo universal é o competente para julgar as causas que envolvam interesses e bens da empresa falida, em detrimento do Juízo da situação do imóvel. Precedentes. 6. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1261198/GO, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 01/09/2017)

jurídica da promoção de ação civil pública pelo Ministério Público para fins de proteção do direito individual homogêneo de todos os adquirentes lesados tanto com a prática ilegal de oferecer bem de terceiros em hipoteca quanto com a inserção de tal autorização em cláusula contratual padronizada de contrato de adesão.

3.5 - A CLÁUSULA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

A Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96) atribui eficácia à cláusula compromissória em contrato de adesão, desde que o aderente dê início espontaneamente ao procedimento arbitral ou concorde por escrito, mediante assinatura específica para tal cláusula, que deve estar em documento anexo ou em negrito (art. 4º, §2º). Por outro lado, não há referência a contratos de consumo, cuja eficácia da cláusula compromissória é incompatível com o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser nula de pleno direito a cláusula contratual que determine a utilização compulsória de arbitragem (art. 51, VII).

O ponto principal desse conflito aparente entre normas é definir a melhor maneira possível de se verificar a espontaneidade do consumidor na segunda hipótese prevista na Lei da Arbitragem.

A questão foi controvertida judicialmente e o Superior Tribunal de Justiça buscou compatibilizar os ordenamentos para fins de manter coerência harmônica entre os regramentos especiais e, por conseguinte, a manutenção da unidade do sistema jurídico. Logo, no julgamento do REsp 1189050/SP²², em março de 2016, foi assentado que o procedimento de arbitragem instaurado pelo consumidor o vincula, mas a recíproca não é verdadeira, de modo que somente a ratificação da cláusula de adesão no juízo arbitral teria o condão de o vincular juridicamente.

Tal compreensão foi ratificada no julgamento do REsp 1628819/MG²³, em 27/02/2018, e que versava sobre compra e venda de imóvel. Definiu-se que a disposição do art. 51, VII, do CDC apenas proíbe a “adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral”.

22 REsp 1189050/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 14/03/2016.

23 REsp 1628819/MG, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, DJe 15/03/2018.

3.6 - ATRASO NA ENTREGA DAS CHAVES E A INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA

O transcurso do termo final estipulado para entrega do imóvel (incluído, portanto, o prazo de tolerância) acarreta inúmeros danos ao consumidor-adquirente, que organiza toda a sua vida profissional e pessoal, bem como seus familiares, em observância a tal marco temporal.

Logo, o descumprimento de tal cláusula contratual é extremamente grave, mormente porque as incorporadoras detêm o conhecimento necessário de todas as dificuldades passíveis de ocorrência durante a edificação do imóvel; o alongamento do prazo será presumivelmente injustificado, decorrendo disso que somente a demonstração inequívoca de uma exceção efetivamente relevante e imprevisível terá o condão de afastar sua responsabilidade²⁴.

Em contratos realizados entre pessoas físicas ou jurídicas em condições similares ou iguais, a inserção de cláusula penal configura uma situação ordinária, enquanto que em contratos firmados por incorporadoras nos quais ao adquirente somente lhe é dada a opção de aderir, a previsão de cláusula penal favorável ao adquirente é exceção, motivo pelo qual os Tribunais consolidaram o entendimento de que, em se tratando de relação de consumo, a falta de previsão não impede a penalização da incorporadora, desde que existe cláusula em sentido contrário que lhe favoreça, quer dizer, cláusula penal pelo descumprimento de deveres contratuais do consumidor.

Na esteira do entendimento hodierno do Superior Tribunal de Justiça²⁵, aplica-se à incorporadora a multa que seria devida pelo consumidor caso fosse ele o responsável pelo descumprimento contratual, quer dizer, inverte-se o destinatário da cláusula penal moratória.

Trata-se, com amparo na cláusula da boa-fé objetiva e da neces-

24 Alguns fatos capazes de isentar a culpa da incorporadora são citados por Pfeiffer (2016, p. 97-98): a) força maior, como um ciclone excessivamente forte; b) fortuito externo, como a queda ou choque de um helicóptero com a edificação; c) culpa exclusiva do consumidor, como a demora em especificar detalhes de sua unidade e que assim ensejam o atraso no cronograma da entrega.

25 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Relação de consumo. 1. (...). 3. O entendimento do STJ é no sentido de que é possível a inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor, em caso de inadimplemento do promitente vendedor, consubstanciado no atraso da entrega do imóvel no prazo estipulado pelas partes. (...). (AgInt nos EDcl no AREsp 1010004/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 05/10/2017)

sidade de plena proteção do consumidor, de inequívoca criação jurisprudencial de direito subjetivo ao consumidor, ou seja, o judiciário atuando inequivocamente como fonte do direito, na medida em que tal solução não encontra efetiva correspondência no contrato, no Código de Defesa do Consumidor ou em outro diploma jurídico, circunstância que demonstra, embora de uma maneira contingencial, como o desenvolvimento do sistema jurídico ocorre legitimamente via tribunais.

3.7 - CLÁUSULAS CONCERNENTES À DESISTÊNCIA DO CONSUMIDOR-ADQUIRENTE

Um último aspecto deve ser considerado, ante a expressividade de ações sobre o tema e porque diz respeito a consumidores que desistiram do negócio por se encontrarem endividados, por enfrentar dificuldades consideráveis decorrentes de fatos supervenientes à contratação, como a perda do emprego, ou ainda por fatores impessoais, como o aumento excessivo da inflação dentre outros. Trata-se da proteção do consumidor diante de cláusulas contratuais abusivas concernentes à restituição dos valores pagos.

A primeira questão, que foi pacificada no julgamento de Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1300418/SC²⁶, diz com o momento da restituição dos valores pagos, que deve ser imediata, ainda que tenha sido o adquirente que deu causa ao desfazimento do negócio jurídico. Reconheceu-se como abusiva eventual cláusula que determine de modo diverso, como a restituição dos valores somente ao término da obra ou de modo parcelado.

No mesmo julgado houve a definição de que a restituição deve ser integral no caso de culpa exclusiva do vendedor/fornecedor; e parcial, na hipótese de culpa ou desistência do adquirente, entendimento que resultou na elaboração da Súmula 543 do STJ²⁷.

26 (...) 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (...). (REsp 1300418/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 10/12/2013)

27 Súmula 543. Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata

Por fim, como a devolução deve ser parcial, normatividade decorrente do art. 53 do CDC, a controvérsia direciona-se ao percentual que deve ser restituído ao consumidor desistente, observada a diretriz de que “a perda de parte significativa das prestações é onerosidade excessiva” (PASQUALOTTO, 2011, p. 1152).

O posicionamento do STJ tem se sedimentado, embora inexistente julgamento em sede de representatividade especial, da possibilidade de retenção pela incorporadora de 10 a 25% da totalidade do valor pago, ou seja, entre 75 a 90% do valor que foi antecipado ao incorporador deve ser imediatamente restituído ao consumidor-adquirente²⁸. Se o percentual constante no contrato estiver dentro dos limites admitidos judicialmente, a resolução da controvérsia encontrará solução na estipulação contratual; em caso de cláusula abusiva, como a que preveja a restituição de apenas metade do valor, a solução judicial tem sido pela adoção do percentual de 10% de tudo o que foi pago pelo consumidor-desistente²⁹³⁰.

restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (DJe 31/08/2015).

- 28 (...). Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóvel. Resolução. Retenção. (...) 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga. (...). (AgRg no AREsp 807.880/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 29/04/2016).
- 29 (...). Promessa de Compra e Venda. Rescisão Contratual. Retenção de Parte do Valor Pago. (...) 1. (...) 2. A Corte de origem, analisando o contexto fático-probatório dos autos, concluiu que a retenção de 50% das parcelas pagas era abusiva, entendendo razoável, no caso, o percentual em 10% sobre os valores pagos. A revisão do julgado quanto ao ponto demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que não se admite em sede especial (Súmula 7/STJ). Ademais, observa-se que o percentual de 10% estabelecido em benefício da construtora encontra-se dentro dos parâmetros adotados por esta Corte, não se justificando a sua modificação. 3. (...). (AgInt no AREsp 62.504/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª REGIÃO), DJe 27/10/2017)
- 30 Tanto o momento da restituição quanto o seu percentual foram regulados pela Lei 13.786/2018 (Lei do Distrato) de modo desfavorável ao consumidor se confrontado com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modo como o mercado imobiliário tem atuado em relação à aquisição de imóveis em construção demonstra que quanto maior a capacidade econômica do adquirente maior o seu poder de negociação e o cuidado das incorporadoras em relação a todos os aspectos do negócio jurídico, de modo que os consumidores-adquirentes de baixa renda são mais suscetíveis a práticas abusivas. A regulação jurídica protetiva não evitará que determinadas incorporadoras lucrem excessivamente utilizando-se de práticas ilegais e cláusulas contratuais abusivas.

Disso decorre a necessidade de uma atuação forte do judiciário para coibir a manutenção e proliferação das práticas que geram danos não só financeiros como extrapatrimoniais aos consumidores-adquirentes, na medida em que se está tratando com a difícil conquista do direito fundamental à moradia em imóvel próprio.

Na fase de formação contratual há muito trabalho para ser realizado, pois se nota uma grande lacuna entre a proteção pretendida pelo CDC e a realidade enfrentada pelos consumidores-adquirentes. Isso porque inexistente uma atuação efetiva, em especial pelos órgãos encarregados de regulação e fiscalização extrajudicial das condutas, com a finalidade de evitar a frustração de legítimas expectativas daqueles. Algumas práticas ilegais e abusivas persistem, como a comercialização de unidades sem regime de incorporação (e que encontra amparo judicial ao não se admitir que o consumidor ao ter ciência de tal circunstância desista do negócio sem ter de esperar o final da obra para verificar se o registro foi de fato efetivado) e a conduta cada vez mais utilizada de publicidade enganosa com estratégias que possuem o propósito de enganar e ao mesmo tempo evitar a atuação judicial. A transferência do custo da comissão de corretagem, ainda que se concorde com a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça de não ser possível subverter a natureza onerosa do contrato e a prática do mercado de o adquirente arcar com a referida comissão, poderia ter sido mais protetiva, o que ocorreria com a estipulação de um percentual máximo da comissão em relação ao valor do contrato.

Na fase de execução contratual a lacuna entre a proteção jurídica do consumidor e a realidade do que ocorre no dia-a-dia aparenta ser um pouco mais estreita, pois os tribunais têm reconhecido a abusividade da antecipação de encargos condominiais, da cobrança de tarifa de anuidade pela cessão do contrato, vedam a hipoteca da unidade comercializada em garantia de empréstimo do incorporador, compatibilizaram a con-

venção de arbitragem com a regra proibitiva estipulada pelo art. 51, VII, do CDC, invertem a cláusula penal moratória para favorecer o consumidor prejudicado com o desequilíbrio contratual, além de terem regulado a hipótese da desistência sem onerosidade excessiva ao consumidor. O aspecto negativo fica a cargo da permissão da cláusula de tolerância de atraso, com a fixação de um prazo excessivo (180 dias), visto que nos informes publicitários não há referência a ela, de modo que o consumidor muitas vezes será surpreendido com uma cláusula que prorroga o prazo em até 06 (seis) meses.

Tais considerações evidenciam que, embora a proteção jurisdicional não seja a ideal, os tribunais têm se mostrado atentos à realidade enfrentada pelos consumidores-adquirentes, especialmente na fase de execução contratual. O desafio revela-se enorme, na medida em que o percentual dos adquirentes que procuram amparo judicial é sempre substancialmente inferior à totalidade de consumidores lesados, do que decorre a necessidade do ajuizamento de ações coletivas ou ações civis públicas sobre tais temas. Do contrário, as práticas abusivas ainda assim serão financeiramente vantajosas, incentivando seu emprego por algumas incorporadoras.

Por fim, a Lei n. 13.786/2018 (Lei do Distrato), aplicável aos negócios jurídicos firmados após 28/12/2018, trouxe inúmeras modificações e novidades no tocante aos contratos de aquisição de imóvel em construção, muitas delas prejudiciais aos adquirentes se comparadas com a disciplina judicial. Logo, os tribunais serão provocados a se manifestar, ou seja, o futuro ainda é de incerteza jurídica.

REFERÊNCIAS

CAMBLER, Everaldo Augusto. Publicidade - Lançamento e venda de unidades de edifícios sem registro de incorporação - Contrato de incorporação imobiliária - Lei nº 4.591/64 (dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias) - Código de Defesa do Consumidor - Código de proteção ao consumidor (Parecer). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.400, p. 333-343, nov./dez. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade do incorporador/construtor no CDC. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa (Org.). **Direito do consumidor**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, Volume IV. (Doutrinas essenciais), p. 1.379-1.387.

CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa (Org.). **Direito do consumidor**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, Volume IV. (Doutrinas essenciais), p. 169-170.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e Ordem Pública. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa (Org.). **Direito do consumidor**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, Volume IV. (Doutrinas essenciais), p. 169-170.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.26, n. 113, p. 81-109, set/out. 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. Cláusulas Abusivas em Contratos Habitacionais. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa (Org.). **Direito do consumidor**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, Volume IV. (Doutrinas essenciais), p. 1149-1164.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Imóveis em construção, direito do consumidor e desenvolvimento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.25, n.105, p. 81-101, maio/jun. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as Incorporações Imobiliárias. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa (Org.). **Direito do consumidor**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, Volume IV. (Doutrinas essenciais), p. 1165-1181.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2014.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. Publicidade enganosa e abusiva. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 83, p. 34-62, maio/jun. 2013.

TARTUCE, Flávio. Do compromisso de compra e venda de imóvel. Questões polêmicas a partir da teoria do diálogo das fontes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.23, n.93, p. 159-183, maio/jun. 2014.

A ESTRUTURA DO DIREITO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

FELIPE CUNHA DE ALMEIDA¹

1 - INTRODUÇÃO

A era atual propicia os mais variados tipos de conexão entre os seres humanos, entre as empresas, entre estas com aqueles, e vice-versa, e tal constatação, com toda a certeza, reflete no mundo dos contratos. Se é verdade que com apenas poucos toques em um celular, por exemplo, vamos de uma cidade a outro canto do mundo, adquirimos livros, unidades imobiliárias, fazemos cursos, por exemplo, também é verdade que, em muitos destes contratos, o consumidor não passa de um número em relação ao contrato que adere.

No desenrolar da execução do processo, ou até mesmo na fase das tratativas e mesmo após a finalização do contrato, ou seja, na fase pós-contratual, problemas podem ocorrer (frustração pela não contratação; inadimplemento contratual; inscrição do nome do devedor nos cadastros restritivos de crédito; perda de parcela considerável de tudo o que já foi pago; e assim por diante).

O fato é que situações como as acima narradas podem acontecer a qualquer momento, e até impossibilitem (momentaneamente ou até eternamente), o cumprimento da obrigação assumida pelo consumidor. Bem, considerando a vida, em tempos atuais, atribulada, tecnológica e absolutamente instável (economicamente; também em termos de relação de emprego ou de trabalho), entendemos que o direito dos contratos, o seu estudo, aplicação, deve passar por uma abordagem constitucional e que, ao mesmo tempo, no momento de um litígio (ou até para evita-lo), deve observar os paradigmas que formam o Código Civil, como a socialidade, a eticidade e a concretude, ao lados dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato, do princípio da dignidade da pessoa humana, em plena sintonia com o Código de Defesa do Consumidor e com o Código Civil, dialogando, sintonizando-se, monitorados pela Constituição Federal. Sobre os princípios, especificamente, e a sua estrutura, assim muito bem ensina a doutrina:

1 Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil com ênfase em Direito Processual Civil, professor universitário e de diversos cursos de pós-graduação, advogado em Porto Alegre/RS. E-mail: escritoriodef.felipe@terra.com.br.

Após a segunda metade do século XX ocorreu uma grande transformação na noção de Constituição. Ela renuncia à função meramente coadjuvante de norma ordenadora de divisão de competências e de limitação à atuação do Estado. Converte-se em norma jurídica superior do sistema, dotada de imperatividade e prevalência valorativa. A Lei Maior emite decisões políticas fundamentais, estabelecendo as prioridades do ordenamento jurídico. (FARIAS, NETTO, ROSENVALD, 2015, p. 14.)

Assim, cada contrato possui uma estrutura que lhe é peculiar (quando se analisa em uma visão micro), tais como o de mútuo, comodato, de incorporação imobiliária, locações, e até mesmo os contratos atípicos que, também dentro dos limites da autonomia privada, são formados a todo o momento.

Se é fato que cada um dos tipos contratuais tem a sua própria estrutura, o seu próprio significado para o Direito, em termos de natureza jurídica (e para o Direito dos Contratos, em especial), também é verdade que o estudo do Direito dos Contratos deve passar por uma abordagem estrutural (em uma visão macro), de forma a fazer incidir, no caso concreto, a lei que o regule, o Código que o regule, mas de forma a ser inserido em um contexto de mínimo equilíbrio entre os contratantes, de colaboração, de lealdade, transparência.

Portanto, em considerando as relações de consumo, cuja figura do consumidor, a vulnerabilidade, é marca a atrair a proteção daquela lei, inclusive, de origem constitucional e também com vistas à realização de direitos fundamentais, como já nos manifestamos em outra ocasião,² a estrutura do direito contratual deve ser fundada nos termos em que já referimos antes, e mais adiante a ser analisada. E isto, assim, entendemos, deve ocorrer em todo o ambiente em que determinado contrato esteja a ser analisado: em sala de aula, judicialmente, e também quando da sua redação.

A adesão é marca dos tempos atuais, contudo, o seu conteúdo não pode ofender a Constituição, de modo que, por uma estrutura constitucional do Direito dos Contratos, buscamos ressaltar e privilegiar com o presente artigo.

2 Para tanto, convidamos o leitor para a seguinte leitura: A valorização da origem constitucional do Código de Defesa do Consumidor. Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953), v. 463, p. 13-34, 2016.

2 - A ESTRUTURA DO DIREITO CONTRATUAL

Da leitura da introdução do presente trabalho, vimos qual é o foco principal, portanto, a denominação deste tópico por nós escolhida vem com base e inspiração na leitura dos ensinamentos da doutrina, acerca da nova concepção do contrato.

De início, a função do Estado, por um período histórico, era a de interferir minimamente nas relações individuais e, em um segundo momento, garantir a execução e cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes. As limitações à liberdade individual, às normas de ordem pública, eram raras e excepcionais. (MARQUES, BENJAMIN, BESSA; 2010, p. 102).

Com a Revolução Francesa, o ideal da igualdade de todos perante a lei, somado aos ideais da liberdade e da fraternidade (valores presentes e prevalentes na burguesia), todos passaram a ser submetidos a mesma lei. O Estado Liberal consagrado determinava que não mais deveria intervir ou controlar a vida da sociedade. A limitação do poder estatal, a igualdade formal e a igualdade dos indivíduos, ganharam grande relevo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

O Código Civil francês, por sua vez, redigido sob a forte influência do liberalismo, foi a fonte inspiradora de todas as codificações editadas no final do século XIX e início do século XX. O Código Civil de 1916 também sofreu a influência referida. As legislações dessa época eram caracterizadas como um paraíso da liberdade individual, as quais as restrições ao direito de propriedade, à autonomia da vontade e à liberdade de contratar, foram circunscritas de forma mínima (MARQUES, BENJAMIN, BESSA; 2010, p. 102). Com o passar do tempo, o retorno, aos poucos, da intervenção do Estado foi sendo efetivado, mas não para atender aos caprichos do Rei, na forma de Estado Absolutista, e sim em nome do interesse público, no sentido de redução das desigualdades fáticas e objetivo de concretização da realidade social. Ainda, as relações de consumo, de massa, a partir da segunda metade do século XX, fizeram com que a sociedade passasse a conviver com as relações de consumo, fazendo com que a disciplina dos contratos enfrentasse uma nova realidade, para atender a essa sociedade industrializada. Os contratos de adesão passaram a ser a regra, e os paritários, a exceção. Assim, o consumidor estava exposto às práticas abusivas, além de ou aceitar os termos dos fornecedores ou, caso contrário, não contratar. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

Simultaneamente a esta fase, temas como a função social dos contratos, a boa-fé objetiva, a proteção da confiança nas relações contratuais, o

abuso de direito, a onerosidade excessiva, dentre outros, mereceram maiores discussões, o que ocasionou e exigiu uma releitura profunda do conceito clássico do contrato. No Brasil, o marco dessa renovação teórico foi efetivado através do Código de Defesa do Consumidor, eis que, além de trazer novos princípios, passou a exigir a intervenção estatal, sobretudo quanto a autonomia da vontade, com o objetivo de assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

O modelo contratual tradicional (voluntarismo clássico), em relação à vontade, além de determinante, também era fator de criação dos negócios jurídicos. O consentimento, a seu turno, era o limite da liberdade de contratar. Já em relação à autonomia da vontade, esta representava o amplo poder de ajustar o conteúdo do contrato. Portanto, o termo *neutralidade de conteúdo* significa que a atenção era voltada apenas para as circunstâncias do momento da celebração do contrato. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

A vontade era a força fundamental que vinculava os indivíduos, e não a autoridade da lei. Ao Estado não era permitido que intervisse nas relações privadas, nem mesmo para assegurar ou manter o equilíbrio do conteúdo. Contrato celebrado: não se questionava a justiça do seu conteúdo, eis que, o fato de as partes terem pactuado livremente, já indicava a justiça. Ao ente público cabia certificar-se sobre a regularidade formal da avença, e se fora garantido às partes a liberdade. Atualmente, preconiza-se uma visão interna, buscando o exame do conteúdo do negócio, no sentido de se verificar se ele é digno de proteção pelo ordenamento jurídico. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

Já na hipótese da denominada abordagem antagonista, celebrado o contrato, cada contratante buscava extrair dele o máximo possível, indiferente à situação econômica do outro e aos possíveis efeitos negativos da contratação. Para a visão moderna, por outro lado, o contrato é expressão de cooperação entre as partes, com o objetivo de atingir resultados, protegendo, inclusive, interesse de terceiros. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

O contrato deve cumprir a função social através do adimplemento das obrigações, fazendo a circulação de riqueza, mantendo o funcionamento da economia. Os contratantes têm legítimas expectativas, pelo cumprimento do pactuado, chegando o contrato, ao seu fim, sem percalços, desincumbindo a parte de suas obrigações. Extinto o contrato, terá cumprido a sua função social, fazendo circular riquezas e satisfazendo as legítimas expectativas das partes. Por tais razões a concepção moderna de contrato enfatiza a cooperação entre os contratantes e, para isso, as partes devem prestigiar a boa-fé, o dever de informação, a lealdade recíproca,

entre outros deveres, não só quando da celebração, mas também quando da execução. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

A resolução do contrato, no modelo tradicional, é problema inerente apenas aos contratantes. Atualmente, o pensamento contratual apresenta abordagens mais coletivas, não se limitando à relação contratual individual. Contratos de saúde, educação, seguros, cartões de crédito, são elaborados aos milhões, sendo a contratação individualizada impossível. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

Portanto, a vontade não é mais a única fonte criadora de direitos e obrigações, passando a cumprir sua função social, e não só satisfazendo interesse dos contratantes. É entendido como flexível, dinâmico, de cooperação social, eis que vinculado à série de imposições de ordem pública e social. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

Quanto ao modelo tradicional, este caracterizava o contrato pelo voluntarismo, pela patrimonialidade e pelo individualismo. Os atores do contrato eram descritos de forma abstrata, fria, distante, formal. A tutela jurídica limitava-se a possibilitar que os contratantes estruturassem suas próprias relações, indiferentes à situação econômica e social, que se fundava no pressuposto da existência de uma igualdade e de uma liberdade no momento em que a obrigação fora contraída. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

Consequência do pensamento liberal: a existência de um abismo profundo entre os homens, eis que a igualdade legal não corrige as desigualdades sociais e econômicas da vida real. A nova concepção dos contratos repudia, fortemente, absolutamente, a lesão, o prejuízo não razoável. Assim, a primazia não é mais da vontade, mas, sim, da justiça contratual. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 102).

Daniel Ustárroz ensina que a relação obrigacional não é estática, abrangendo uma série de etapas. Portanto, aparenta natural que o Direito se preocupe em estender a tutela dos integrantes do contrato a todo o *iter* obrigacional. Seja desde a aproximação negocial até mesmo após o adimplemento. Até porque, continua o Autor, a satisfação deve ser garantida dentro de um contexto, de uma visão global, eis que não se limita de forma exclusiva ao tempo da formação e da execução do contrato. (USTÁRROZ, 2010, p. 53).

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz, a norma jurídica só se movimenta quando existe um fato. E tal movimento ocorre através da atuação do magistrado, que figura como intermediário entre a norma e a vida ou, segundo as palavras da Autora referida, o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma em uma disposição concreta, que é regida pela situação individual. Assim, se o Código Civil, através de

alguns dos seus dispositivos, garante determinada proteção (exemplificamos trazendo o art. 422 do Código Civil³), postula-se junto ao Poder Judiciário a aplicação da norma protetora. A aplicação desse direito, nestes moldes, denomina-se subsunção. (DINIZ, 2012, p. 25).

3 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL: DIÁLOGO DAS FONTES

Se o objeto deste artigo é chamar a atenção para a nova estrutura do Direito dos Contratos, através um equilíbrio mínimo e digno entre os contratantes, e considerando uma gama de leis que regem os contratos (locação; mútuo; incorporação imobiliária, por exemplo), em meio a tantas normas, como o operador do Direito as analisa? Será que uma revoga a outra? Será que se excluem ou então podem se comunicar (dialogar), umas com as outras, no sentido da busca do equilíbrio?

A palavra diálogo, que mencionamos na introdução deste tópico, tem como fonte inspiradora a doutrina de Erik Jayme, trazida por Claudia Lima Marques: a Teoria do Diálogo das Fontes. Assim, com base na mencionada Teoria que a Ilustre Jurista referida nos apresenta, buscamos, em um primeiro momento, um diálogo interno, íntimo (boa-fé objetiva e função social dos contratos), realizado pelo próprio Código Civil, sempre monitorado pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor. Erik Jayme, portanto, pontifica:

[...] ao analisar o reflexo da cultura da comunicação do direito, afirma que o fenômeno mais importante, nesta sua nova teoria dos reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado, é que “a solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas”. Os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, “estas fontes não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas ‘falam’ umas com as outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes ‘escutando’ o que as fontes dizem”. (MARQUES, 2012, p. 18-19).

3 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Certos contratos são rígidos, voltamos a dizer, por lei específica e pelo Código Civil. Contudo, deve haver um diálogo entre estas normas, capitaneados pelo CDC e pela Constituição Federal,⁴¹ para fazer valer a defesa do consumidor, inclusive como realização de direitos fundamentais. Portanto. Claudia Lima Marques ensina que quando o intérprete se deparar com pluralidades de lei, devem ser as leis objeto de coordenação, como exige um sistema jurídico eficiente e justo.⁴

Modernamente busca-se evitar o que antes acontecia, ou seja, uma lei revogando a outra, com a análise dos critérios da anterioridade, especialidade e hierarquia, pois haveria o que se denomina de conflito entre leis, havendo a necessidade de resolução deste conflito. Contudo, ressalta Claudia Lima Marques que a moderna teoria busca a harmonia e a coordenação entre as normas de um mesmo ordenamento, no sentido, segundo os estudos da Jurista ora em referência, de uma eficiência funcional, de evitar a antinomia, a incompatibilidade ou a não coerência.⁵

Claudia Lima Marques ensina sobre os três tipos de diálogos possíveis entre o CDC e Código Civil. O primeiro sustenta que a lei anterior e especial em relação ao segundo, de forma que o CDC serve de base conceitual à aplicação do Código Civil (através de um diálogo sistemático de coerência).⁶ O Código Civil, por exemplo, junta-se ao CDC no tocante ao abuso do direito, regulado na lei geral.

Já a segunda hipótese sugere um diálogo de complementaridade e subsidiariedade entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, no sentido de cláusulas gerais de determinada lei (incorporações, por exemplo) serem complementadas pelo CDC, evitando eventual antinomia entre as leis.⁷

4 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 38,

5 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 38-39,

6 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 43,

7 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 43,

Em terceiro lugar, há o que Claudia Lima Marques denomina de diálogo de coordenação e adaptação sistemática, quando um sistema geral pode influenciar no sistema especial, e vice versa, o que acarreta a redefinição no campo de aplicação das leis (influências recíprocas entre o CDC e o Código Civil). Mesmo que determinada relação seja regida aparentemente entre iguais (relações civis), uma delas pode estar em condição de certa vulnerabilidade, atraindo a incidência do CDC àquela relação.⁸

Por tais razões, ou melhor, justamente com base neste diálogo é que mesmo uma relação jurídica com fundamento na lei das incorporações e no Código Civil, por exemplo, em um primeiro momento, atrai a proteção do CDC (microssistema especial)⁹, em especial pela incidência dos artigos 1º, segundo e terceiro (subjektivamente, como ensina Claudia Lima Marques, eis que se concentra na proteção do consumidor), sendo que o Código Civil é de aplicação geral, elaborado para os iguais.¹⁰ De sorte que não colidem um e outro na aplicação coordenada, especialmente se se considerar o artigo 2º¹¹ da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.¹²

Portanto, a ilustre Jurista leciona que o Código Civil vem em caráter subsidiário à aplicação do CDC, nos termos do art. 593, do Código Civil,¹³ eis que tal artigo menciona lei especial e, como lei especial, o CDC

8 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 43,

9 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 44,

10 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 45,

11 Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

12 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 46,

13 Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei

é a lei protetiva por excelência.¹⁴

De uma eventual revogação entre normas, por exemplo, o ordenamento, em diálogo, passa a trabalhar em sede de cooperação, sendo isto fundamental para um contrato dignamente equilibrado.

4 - PARADIGMAS DO CÓDIGO CIVIL

Há, no Código Civil de 2002 três grandes paradigmas, ou seja, a socialidade, a eticidade e a operabilidade, devendo integrar também a estrutura do direito contratual. O contexto atual, quando se fala em obrigações em sentido técnico, estrito, ou seja, aquelas de caráter patrimonial, vem sofrendo mudanças. É que as relações estabelecidas têm por base prestações continuadas, duradouras, exigindo e impondo a confiança. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 99). Daí a importância do estudo destes paradigmas de nossa legislação civil, afinal, complementam-se, interagem, em uma interpretação que deve considerar o sistema como um todo, integrando a estrutura do Direito Contratual.

Paulo Lôbo, ensinando sobre a relevância ímpar que tem o estudo dos princípios, aduz que “O verdadeiro sentido de princípio é de algo que contém o fundamento primeiro”. (LÔBO, 2018, p. 2018). E segue:

No direito brasileiro, os princípios têm caráter normativo cogente, com primazia sobre a convenção entre as partes e integração necessária ao ato ou negócio jurídico, salvo quando se tratar de contrato internacional, cuja lei nacional pode ser escolhida. (LÔBO, 2018, p. 2018).

A socialidade é o primeiro paradigma a ser analisado. Para tanto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald levam-nos à noção de direito subjetivo, ou seja, “Pode ser conceituado como o poder de agir do indivíduo, concedido e tutelado pelo ordenamento, a fim de que se possa satisfazer um interesse próprio, pretendendo de outra pessoa um determinado comportamento”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 99). É que, em especial nos dois últimos séculos houve forte influência pelo li-

especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

14 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 57.

beralismo e pelo positivismo jurídico, eis que o atendimento à época era o de que “[...] a satisfação de um interesse próprio significava a busca pelo bem individual, pois a soma de todos os bens individuais consagraria o bem comum da sociedade”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 100).

De tal premissa percebia-se que os homens eram considerados individualmente, não passando, por outro lado, a sociedade de uma mera ficção. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 100).

Considerando a liberdade individual antes referida é que se verificava um individualismo egoísta, de uma igualdade formal, abrindo-se espaços apenas para o protagonismo, para os portadores de interesses patrimoniais. A doutrina considerava tal ideal como “[...] a Constituição das relações patrimoniais e de seus sujeitos”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 100).

Contudo e mirando o fim da Segunda Grande Guerra, a visão individualista e liberal referida passou a dar mais importância ao direito subjetivo, mas encarado e correspondente à função social. A palavra função, para o Direito, tem relação com a palavra finalidade:

O ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas coletivas que lhe rodeiam. Todo o poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade e o intuito do titular do direito será recusado pelo ordenamento. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 100).

Portanto, a sociedade dá limites ao exercício dos direitos subjetivos, instalando-se a harmonia entre a autonomia privada e o princípio da solidariedade no momento em que exista conciliação entre a liberdade e determinada igualdade material e concreta. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 100). O bem comum, portanto, é visualizado, buscado, e não a errônea interpretação sobre a socialidade, de que haveria o predomínio do social sobre o individual:

Significaria que a coletividade seria a essência da sociedade, pois o indivíduo despersonalizar-se-ia em favor do todo. A pessoa não exercitaria direitos subjetivos frente à sociedade, pois ela apenas existe em razão do Estado e só a ela atribui-se o bem comum. Essa foi a construção dos sistemas totalitários, de direita ou esquerda. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 100).

A sociedade, pelo princípio aqui estudado, deve ser o meio de desenvolvimento do ser humano, este que antecede ao Estado e que possui direitos intangíveis, alheios a qualquer forma de subordinação. Conclusão a que se chega: o ordenamento civilizado é aquele que visa a atender as finalidades da pessoa. Para o Direito das Obrigações, por exemplo, deve a socialidade atender, manter, a cooperação entre os integrantes de determinada relação jurídica, e deles para com a sociedade. O adimplemento da obrigação, nestes termos, deve se efetuar na forma que mais satisfaça o credor sem, contudo, onerar o devedor. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 100-103).

A eticidade, a seu turno, é outro grande paradigma do Código Civil de 2002. Ética, portanto, é entendida como “[...] a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada. Cogita do ideal para qual o homem dirige-se por natureza e, por conseguinte, da essência do homem”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 103).

Em que pese a importância da eticidade como um todo, ou em todos os níveis, revela-se um verdadeiro abismo no que diz respeito à ética quando comparados os Códigos Civis de 1916 e de 2002. O primeiro “[...] abdicou de questionamentos éticos, pois fora fortemente influenciado pelo formalismo jurídico da Europa do Século XIX.” (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 103).

É que, àquela época, as correntes doutrinárias, formalistas, inclusive, estudavam o Direito, mas não quanto ao seu conteúdo, e sim e apenas quanto às manifestações, exteriorizações. Melhor dizendo: o Direito era analisado sob o prisma da aparência, da forma, “[...] sem que se indagasse a respeito de um fundamento axiológico que a consubstanciasse”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 103).

Em certas épocas a legislação positiva refletia a cultura do momento, restringindo o Direito a tudo o que restasse prescrito. Não é por menos que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal ressaltam que “[...] os códigos positivistas não permitem a determinação do que é justo ou injusto, sendo suficientes a técnica legislativa e a emanção da norma por iniciativa de uma autoridade competente”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 100). Tal premissa tem ligação direta com o Código Civil de 1916, entendido como um sistema forjado e que não autorizava valores metajurídicos, tais como sociológicos e filosóficos, que muito bem poderiam oxigenar o ordenamento. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 104). Consequência:

Em verdade, a técnica positivista de reduzir a ciência do Direito às emanações do direito positivo legislado prestou grandes serviços às classes dominantes, na medida em que o ordenamento posto correspondia aos seus ideais, sendo que, no momento da aplicação da

norma ao caso concreto, os magistrados agiam como verdadeiros autômatos, pois se limitavam ao modelo exegético da subsunção do fato à norma, sem espaço para qualquer criação do direito. Em suma, o direito era sinônimo de Estado, pois nele se concentrava o monopólio da lei. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 104).

Como se não bastasse, tendo em vistas as lições dos Mestres supratranscritas, a neutralidade das normas quando diante de valores, acarretou em atentados especialmente contra a dignidade da pessoa humana. Em nome do Direito e pelo Direito, atrocidades eram cometidas, eram realizadas; injustiças vinham à tona e, como consequência, eram suprimidos os direitos de personalidade, justificados tais atos através de uma ordem jurídica entendida como legitimamente construída. Contudo e com o passar dos tempos a mentalidade começou a mudar, a evoluir, gerando Códigos e Constituições voltados a valores inerentes à natureza humana. A justiça do conteúdo, o Direito, sendo visto pelo seu conteúdo e não mais pela sua forma, isoladamente, passou a dar importância ao ser humano. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 104).

E como estes ensinamentos relacionam-se com a ética? Desta forma: “Ora, se a ética é a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada, temos que, no direito, o ideal para uma sociedade orientará os seus fins e ações [...]” (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 106), especialmente pela afirmação da justiça, de forma livre e racional, sendo o Direito a técnica que serve à ética. No Código Civil de 2002 as cláusulas gerais fazem com que a ética penetre no campo do Direito, através de um sistema aberto, cuja aplicação das normas tem utilidade às situações da vida. Portanto, o princípio da eticidade concretiza-se, especial e principalmente, através das cláusulas gerais da boa-fé, da função social, do abuso do direito, da equidade e dos bons costumes. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 103-106).

Por fim, o princípio da operabilidade (ou concretude) contrasta com uma visão extremamente individualista do Código Civil de 1916, visão esta já referida, notadamente pelo papel de destaque que a vontade atuava com extrema liberdade e rigor da época: “Para que a liberdade econômica fosse plena, a legislação apreciava cada integrante de uma relação jurídica como um abstrato sujeito de direitos patrimoniais”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 107). Portanto, à época, a personalidade era entendida como “[...] aptidão para a aquisição de direitos subjetivos patrimoniais, um sinônimo para a capacidade de direito”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 107). Tal premissa vinha no sentido de que o desenvolvimento da personalidade se constatava ou tinha reflexos apenas e tão somente na expansão do

patrimônio, negando-se a especificidade e a concretude inerente a cada ser humano, com o prestígio de uma condição apenas formal sobre cada parte em determinada relação jurídica: (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 107). “Não havia João ou Maria, mas o contratante, o proprietário. A norma aplicava-se genericamente a quem quer que se titularizasse em determinada situação patrimonial”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 107).

Mas a dura e estática visão acima, sobre o ser humano, mudou quando da perspectiva do Código Civil de 2002. É que tal norma vem em sintonia com o ser humano como centro do ordenamento, nos termos da Constituição Federal; inclusive, existe uma pessoa concreta, com suas características, situações pessoais, e assim por diante, que se diferencia das demais. Portanto: “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, sendo o indivíduo o destinatário direto da norma, de forma a aplicar o Direito de forma prática, concreta, e não mais abstrata. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 107).

Concluindo, a socialidade, a eticidade e a operabilidade são balizas à aplicação e interpretação dos contatos.

4.1 - BOA-FÉ OBJETIVA

O estudo do princípio da boa-fé objetiva é de grande complexidade e importância ímpar não só para o operador do Direito, mas para um sadio desenvolvimento da sociedade, pois se espalha por todo o contexto social, econômico, político, familiar etc. Melhor dizendo: deve estar enraizado culturalmente (seja no âmbito do Direito Público, seja no Direito Privado), e é assim que entendemos. Sendo que a expressão *enraizado culturalmente*, por nós utilizada, é no sentido de sua força normativa.

Em termos históricos, já no período do Direito Romano, a boa-fé era compreendida como a conduta ética exigida quando dos negócios jurídicos:

[...] a atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentius*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives*, através do *ius gentium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio *do iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico. (SILVA, 2013, p. 32)

Clóvis Beviláqua, ensinando sobre as declarações de vontade, já ressaltava que a interpretação dos atos jurídicos deve ser, ou melhor, estão aqueles submetidos “[...] aos princípios gerais do justo e do honesto, e devem ser interpretados como atos praticados de boa-fé”. (BEVILÁQUA, 2005, p. 271). Mário Júlio de Almeida Costa, a seu turno, ensina sobre a boa-fé objetiva, de maneira brilhante:

A relação obrigacional nasce e desenvolve-se com vista ao objetivo que lhe dá vida e confere razão de ser: o cumprimento. Este processo encontra-se condicionado por certos princípios gerais, quer específicos de algum ou alguns tipos de obrigações, quer comum a todos eles. (COSTA, 1999, p. 92).

Sobre os princípios acima referidos, Mário Júlio de Almeida destaca a autonomia privada e a boa-fé, este último objeto deste tópico, caracterizando-os como “[...] alicerces ou linhas fundamentais do direito das obrigações”. (COSTA, 1999, p. 92). A boa-fé objetiva, segundo o Ilustre Jurista Português, encontra sua sede [...] no plano dos *princípios normativos*, ou seja: (COSTA, 1999, p. 98).

Como intenção, orientação ou fundamento de efectivas soluções disciplinadoras. Aí se encontra sua verdadeira sede. Olhando a boa-fé numa perspectiva jurídico-positiva, ela se exprime através de *cláusulas gerais*. Estas, em si mesmas, nada acrescentam ao conteúdo do correspondente princípio normativo, traduzindo-se tão só o apelo directo que o legislador faz àquele princípio na regulamentação de certos domínios. Pela respectiva estrutura, as cláusulas gerais apenas representam a expressão gramatical dos correspondentes princípios normativos, não fornecendo ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos. (COSTA, 1999, p. 98).

O direito alemão, referindo-se às condições negociais gerais, demonstra o papel da boa fé no controle do conteúdo dos contratos. E, para concretização da mencionada boa-fé, busca um certo equilíbrio material entre as vantagens obtidas em decorrência do contrato, pelas partes. Não são admitidos prejuízos desproporcionais; antes de a lei vir a positivizar tal direito, coube à jurisprudência tratar de equacionar a problemática, assente na cláusula geral de boa-fé. (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 668).

Daniel Ustárroz completa asseverando que a tutela da boa-fé não é criação da modernidade ou da era contemporânea, pelo contrário: “[...]”

sua proteção está presente desde os usos e sistemas mais antigos”. Cita aquele Autor, para melhor elucidar a aplicação de tal instituto, há muito na história, o Código de Hamurabi, elaborado em 1750 a. C. (USTÁRROZ, 2010, p. 13).

Álvaro Villaça Azevedo leciona que: “O princípio da boa-fé deve ser, antes de tudo, mencionado, pois ele assegura o acolhimento do que é lícito e repulsa ao ilícito”. (VILLAÇA, 2009, p. 15). Em termos de contratos, segue o brilhante Jurista lecionando no sentido de que, “A contratação de boa-fé é a essência do próprio entendimento entre os seres humanos, é a presença da ética nos contratos”. (VILLAÇA, 2009, p. 16).

Ensina Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, que o princípio da boa-fé se divide em: a) boa-fé subjetiva; b) boa-fé objetiva, ou então também denominada de ética da boa-fé. (GONÇALVES, 2013, p. 55). Em relação à boa-fé subjetiva, o Autor referido assinala que tal instituto esteve presente no Código Civil de 1916, “[...] com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico”. (GONÇALVES, 2013, p. 55). A boa-fé subjetiva, por assim dizer, guarda relação com o conhecimento ou a ignorância da pessoa, sobre certos fatos, havendo a consideração do Direito, para os fins específicos da situação a ser regulada. Melhor explicando, serve de tutela para aquele que “[...] tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra realidade”. (GONÇALVES, 2013, p. 55-56). A boa-fé subjetiva “[...] denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória.” (GONÇALVES, 2013, p. 55-56). Resumindo: a expressão “subjetiva” leva o intérprete, na sua aplicação, para o campo da interpretação em relação à intenção daquele que integra a relação jurídica, ou seja, o seu estado psicológico ou então a sua convicção íntima. Significa, portanto e em um primeiro momento, a “[...] noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante”. (GONÇALVES, 2013, p. 55-56).

Anderson Schreiber, ao abordar o instituto em questão, sinaliza que o seu desenvolvimento se deu, de forma ampla, pelo direito alemão, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência daquele país, a partir do ano de 1.896. Ainda, menciona o Autor referido o § 242 do BGB: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Além disso, não se trata da boa-fé subjetiva do então Código revogado, mas sim como um padrão de conduta leal e confiável, independentemente de considerações subjetivistas. (SCHREIBER, 2012, p. 82-83).

De tão importante é o papel da boa-fé objetiva que esta também surge como fonte das obrigações, especialmente na atual composição da estrutura que forma o direito civil: “É que a partir da sua função integrativa a boa-fé objetiva estabelece *deveres anexos*, verdadeiramente implícitos em todas as relações jurídicas. Deveres de informação, respeito, probidade, garantia etc.” (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 98). Portanto, tais deveres são impostos a ambas as partes integrantes de determinada relação jurídica, independentemente da vontade, atuando o princípio, desta forma, como fonte das obrigações. O seu âmbito, acentuam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “[...] transcende o da mera contratualidade [...]” (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 98) e, nos termos do Enunciado 363, do Conselho da Justiça Federal, “Os princípios da probidade e confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar e existência da violação”. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 98).

Em sede de previsão legislativa, o Código Civil aborda a questão da cláusula feral da boa-fé em três dispositivos, a saber: artigos 422,¹⁵ 113,¹⁶ e 187.¹⁷ Segundo as lições de Carlo Roberto Gonçalves, das três normas previstas, a de maior repercussão vem no art. 422. Tal dispositivo é norma legal aberta, acolhendo princípio ético, e fundada na lealdade, confiança e probidade. (GONÇALVES, 2013, p. 57).

Carlos Roberto Gonçalves ainda ensina que, em relação ao papel do juiz, cabe “[...] estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelo contratante, naquelas circunstâncias, levando em conta ainda os usos e costumes. Estabelecido esse modelo criado pelo juiz para a situação, cabe confrontá-lo com o comportamento efetivamente realizado”. Portanto, os ensinamentos vão no sentido de que no caso de determinada conduta ser contrária ao estabelecido através do que se entende pelo modelo adotado, a conduta será considerada como ilícita, haja vista que violou cláusula da boa-fé. (GONÇALVES, 2013, p. 57-58).

Como se não bastasse, mostra-se relevantíssimo, quando se cogita da boa-fé objetiva, invocar a sua característica quanto à presunção. Ou seja, “[...] recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao

15 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

16 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

17 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.

contrário, ser provocada por quem a alega”. (GONÇALVES, 2013, p. 54).

O Ministro José Augusto Delgado ensina sobre a boa-fé objetiva. Aduz que a conduta do legislador atual, em relação ao Código Civil, foi a de fugir do formalismo exagerado da anterior codificação, pautando as condutas no sentido da inserção “[...] de normas refletidoras da vinculação do homem na prática de suas relações privadas aos ditames dos valores constitutivos da boa-fé, da equidade, da justa causa e da dignidade”. (DELGADO, 2014). Não é por menos que Clóvis do Couto e Silva sinaliza sobre a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos e, segundo as palavras do Mestre, “[...] é algo que não se pode desconhecer ou desprezar”. (DELGADO, 2014).

Explica Humberto Theodoro Júnior que a boa-fé é instituto constante do direito das obrigações e, como não poderia deixar de ser, em sede de revisão dos contratos, no sentido de se postular a desconstituição ou a anulação de determinado negócio jurídico, justamente pela presença dos chamados vícios do consentimento, como o erro, o dolo, a coação, a fraude. Entretanto, a situação, quando se cogita da presença e do estudo relativo à boa-fé, vai mais além, apresentando outras consequências e reflexos, quando comparada tradicionalmente. De modo que:

Em vez de se localizar no plano subjetivo da formação do consentimento, ela se desloca para o plano objetivo do equilíbrio entre prestações e contraprestações. Não desapareceu a boa-fé subjetiva, que continua sustentando a teoria dos vícios do consentimento. O que houve foi a abertura para o reexame objetivo da base-econômico jurídica do contrato, a ser feito, em nome da equidade, a partir da análise das cláusulas negociais avençadas. (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 18).

A boa-fé objetiva, em atenção agora às relações de consumo, é situada em caráter geral, conforme ensina Judith Martins-Costa, funcionando como “[...] critério de aferição da validade das cláusulas contratuais (art. 51, inciso IV).” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 45). E ainda:

Nesse caso, pela extremada amplitude do texto legal, a boa-fé acaba por desempenhar função corretora do conteúdo contratual, promovendo o reequilíbrio de uma relação presumidamente assimétrica, por meio da revisão ou pela invalidação de cláusulas que venham a acentuar ou consagrar o desequilíbrio entre as respectivas posições jurídicas. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 45).

Concluímos, portanto, e segundo a doutrina, que a boa-fé objetiva, por se tratar de cláusula geral, aberta, de conceito indeterminado, é avaliada e conferida caso a caso. Poderá, de tão importante que é, incidir para a revisão de determinado contrato, devendo integrar a estrutura do Direito Contratual.

4.2 - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Caio Mário da Silva Pereira já há muito firmava que “O mundo moderno é o mundo do contrato”, haja vista que o contrato é o instrumento que proporciona a subsistência das pessoas. Sem o contrato, portanto, haveria um regresso e a atividade do ser humano seria limitada a momentos primários (PEREIRA, 2015, p. 10).

O Ilustre mestre segue ensinando que, paralelamente a uma função econômica do contrato, há uma função “[...] civilizadora em si, e educativa”. Ou seja, o contrato aproxima os seres humanos e diminui diferenças. (PEREIRA, 2015, p. 10). Portanto, a atual função do contrato, quando se fala da função social, releva que a função não é mais a única e exclusiva de atender aos interesses das partes, de forma autônoma, desconsiderando o mundo que o cerca. O contrato, na atualidade, tem como consequência a possibilidade de terceiros, mesmo não fazendo parte de determinado contrato, influir naquele pacto, pois podem ser atingidos direta ou indiretamente. Assim, os interesses socialmente relevantes podem demandar maior controle sobre os contratos, agregando-se a outros princípios já consagrados, como o da liberdade o da força obrigatória, por exemplo. (PEREIRA, 2015, p. 11-12).

Inclusive, ressaltam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que o contrato deve propiciar, deve ser instrumento de convívio e de paz social. (NERY JUNIOR, Nery. 2014, P. 1.470). Claudia Lima Marques, a seu turno, resalta que, segundo a nova visão do contrato, não há mais espaço para livre e exclusiva vontade dos contratantes, pois a função social é “[...] instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos [...]”. (MARQUES, 2014, p. 266-267).

5 - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO

Miguel Reale, ensinando sobre a teoria tridimensional do Direito, ressalta que “[...] é pessoa fonte de todos os valores”. (REALE, 2002, p. 67). Aos contratos (e também à estrutura do Direito Contratual) o princípio da dignidade da pessoa humana deve ter ligação íntima, direta, completamos.

Mas a questão, ou melhor, o princípio da dignidade da pessoa humana, não é de fácil conceituação. Portanto, as sábias lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho são nossos suportes a elucidar o tema:

Ademais, por se tratar de cláusula geral, de natureza principiológica, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos em dizer que a noção jurídica de *dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade*. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018, p. 54).

Portanto, os Mestres ressaltam, em termos de normas constitucionais: (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018, p. 54).

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;

[...].

Além, também, da relação com o solidarismo social:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...].

Portanto e dando seguimento às lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, aduzem os Mestres que o princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] culmina por descortinar a nova vocação do Direito Privado, qual seja, a de redirecionar o alcance de suas normas para a proteção da pessoa, sem prejuízo dos mecanismos reguladores da proteção ao patrimônio. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018, p. 54).

A tutela da dignidade da pessoa humana é resultado do princípio da proporcionalidade, exercendo função regulatória, devendo o mencionado princípio ser aplicado aos contratos. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018, p. 57).

Entendemos que determinado contrato, portanto, quando extremamente desequilibrado, pode sim ofender o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que pode levar o devedor à ruína.

6 - CONCLUSÃO

De todo o exposto neste artigo, não temos dúvidas que o contrato, em especial atenção à autonomia privada e o *pacta sunt servanda*, não fica mais condicionado e limitado àqueles princípios. Queremos dizer, portanto, que o contrato, independentemente da espécie e natureza que for, em termos de teoria e estrutura, deve ser estudado e analisado à luz dos paradigmas do Código Civil, dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da dignidade da pessoa humana, além da própria constitucionalização do contrato: esta é a estrutura pura do direito contratual que a doutrina nos ajuda a construir.

Continuando, o Código de Defesa do Consumidor é a consequência da nova teoria contratual, conforme ensina a Ilustre Claudia Lima Marques, eis que o direito contratual sofreu profunda renovação, especialmente quando considerados fatores como o incremento da vida contratual, alteração da economia, eis que antes agrária e, posteriormente, industrial e capitalista, concentração de riquezas, criação de sociedade de consumo, como exemplos. (MARQUES, 2014, p. 266). Portanto:

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor representa o mais importante e amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual. ((MARQUES, 2014, p. 267).

Sim, é verdade que às partes é conferida a liberdade de contratar (ou de não contratar). Também é verdade que, dentro os limites do ordenamento, os contratantes podem estipular o melhor conteúdo e sua forma de execução, bem como que, em firmado determinado contrato, via de regra, deve vigorar o *pacta sunt servanda*. Contudo, esta visão é micro, pois analisa o conteúdo do contrato e seus efeitos sob a ótica da letra lá conferida no instrumento, e considera apenas contratante e contratado.

Já em uma visão macro, sistêmica, por outro lado, sua estrutura não deve colidir com os paradigmas e princípios aqui trazidos, sob pena de resolução, revisão ou até nulidade do contrato.

A lei deve servir, deve fomentar a riqueza, a cooperação e a coletividade. Portanto, será a lei a limitadora (ou poderá ser), do contrato, e não tão somente a autonomia privada. Inclusive, em benefício da justiça contratual, pois, como ensina Paulo Lôbo, e voltando brevemente à função social do contrato, com fins de “[...] promover as reduções das desigualdades materiais na sociedade”. (LÔBO, 2018, p. 66).

Seguem os debates, os estudos, servindo este artigo para uma necessária revitalização de certos princípios e dogmas, aliado a uma estrutura justa, coerente e digna, tendo como especial destaque a figura do vulnerável, orientando a estrutura do Direito Contratual.

7 - BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Felipe Cunha de. A valorização da origem constitucional do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica* (Porto Alegre. 1953), v. 463, p. 13-34, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Servanda: Campinas, 2005.

BRASIL. *Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. DF, 01 jan. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

_____. *Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990*. DF, 11 set. 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DELGADO, José Augusto. *A ética no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/viewFile/314/299>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: volume 2: obrigações*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos: volume 4*. 1. ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos: volume 3*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Paulo. *Direito civil: obrigações: volume 2*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS-COSTA; Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. v. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

_____, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. v. 1. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume III: contratos: declaração de vontade: responsabilidade civil*. 19. ed. MULHOLLAND, Caitlin (atual). Forense: Rio de Janeiro, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do CDC e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

USTÁRROZ, Daniel. *Temais atuais de direito contratual: a boa-fé objetiva, a responsabilidade pré-contratual e o inadimplemento antecipado*. Sapucaia do Sul: Notadez/: 2010.



RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR

FERNANDA NUNES BARBOSA¹

O painel Justiça Constitucional e o Direito do Consumidor realizou-se na noite do dia 29 de agosto, no Auditório Modercil Paulo de Moraes do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, e contou com quatro conferências de especialistas do Brasil, Colômbia e Paraguai.

A primeira conferencista, profa. Dra. Cláudia Lima Marques (Brasil), destacou a importância do intercâmbio de ideias entre os países da América Latina, apontando a relevância, nesse momento, da atualização do Código de Defesa do Consumidor brasileiro no que toca ao tema do superendividamento. Nesse sentido, referenciou a previsão constitucional expressa, no art. 5, XXXII, da CF/88 da defesa do consumidor e o necessário tratamento da matéria sob a perspectiva de um direito humano, porquanto afeta a dignidade da pessoa humana na medida em que toca na questão do seu mínimo existencial. Ao finalizar fez um pleito público à sociedade civil e aos juristas para que apoiem o PL 3.515/2015 da Câmara dos Deputados, que trata, conforme mencionado, do grave problema social do superendividamento do consumidor nacional.

O segundo conferencista a ocupar a tribuna foi o prof. José López Oliva (Colômbia), que nos trouxe um panorama legal da proteção do consumidor na Colômbia. Salientou, de igual forma, a especial proteção constitucional e convencional, em seu país, da pessoa do consumidor, notadamente nas relações que envolvem prestação de serviços médicos. Destacou a vulnerabilidade encontrada pela gestante nessa relação e as obrigações do(a) médico(a) e das clínicas por atos danosos. Na Colômbia, registrou que o Estatuto do Consumidor é a Lei n. 1.480, do ano de 2011, a qual prevê direitos como o direito à informação e à proteção frente a riscos à sua saúde e segurança já em seu artigo inaugural.

O terceiro conferencista, prof. Héctor Francisco Arévalo Fόμεque (Colômbia), abordou em sua fala o tema da prova e do ônus probatório em

1 Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Graduação em Direito da FAPA/UniRitter e do Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter. Editora da *Série Pautas em Direito*/Editora Arquipélago. Advogada. E-mail: fernanda@tjn.adv.br.

matéria de consumo. Iniciou tratando da solidariedade entre os fornecedores de produtos e serviços e da questão do litisconsórcio na lei colombiana. Apontou que a defesa do consumidor pode ser extraída de artigos da recente Constituição Política da Colômbia como os seguintes: artigos 13 (igualdade), 29 (devido processo legal), 78, 95, 333 e 334. Tratou também das questões probatórias em casos nos quais a reclamação do consumidor se dá por meio eletrônico ou telefônico e, nesse sentido, mencionou a Lei 527/1999. Para encerrar ressaltou a necessidade de se buscar meios auto-compositivos por parte do consumidor antes da busca pelo Poder Judiciário, como requisito de procedibilidade de suas demandas.

Por fim, o último conferencista que ocupou a tribuna foi o prof. Pablo Dario Villalba Bernié (Paraguai), que falou do controle de convencionalidade e a defesa do consumidor e da importância de se construir Códigos que respeitem os marcos constitucional e convencional dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Lembrou que todos os juízes, seja no Brasil, seja na Colômbia ou no Paraguai devem fazer o controle de constitucionalidade e de convencionalidade em suas decisões e observar o princípio “pro homine”/”pro persona”. Mencionou algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), dentre as quais a decisão no caso *I.V. versus Bolívia*, que envolveu um caso de esterilização forçada de mulher migrante na Bolívia.

An aerial photograph of a city, likely Rio de Janeiro, showing a large, modern building with a prominent curved facade. The building is situated near a waterfront with other high-rise buildings in the background. The sky is overcast with grey clouds. The text is centered over the image.

CAPÍTULO VIII

DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS



LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

RAÚL YVÁN LOZANO PERALTA¹

El denominado **neoconstitucionalismo** es una corriente u orientación doctrinal de perfiles un tanto difusos, lo que no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un “canon neoconstitucional”. Puesto que en las discusiones entre neoconstitucionalistas y sus críticos uno de los reproches más comunes es el de que se desfiguran los conceptos y las definiciones de unos y otros, me permitiré reproducir aquí la caracterización que del neoconstitucionalismo, con ánimo crítico, he ofrecido y, al menos en parte, desarrollado en otros lugares, es necesario saber los orígenes de este para poder entenderlo mejor.

Para conocer el origen del Neoconstitucionalismo, se hace preciso partir del concepto de Estado de Derecho, el mismo cuyo diferente significado se justifica por razones de aspiración política o para proporcionar seguridad jurídica a la población. Ambas razones buscan la permanencia del Estado como tal, asimismo responden a una determinada ideología. Así, la ideología liberal conceptualiza el Estado de Derecho como aquel que cumple un mero papel de policía dentro de la economía de mercado, velando para que la ley sea cumplida por todos los factores de la producción. Algunos autores como Ferrajoli, Comanducci, clasifican a este tipo de Estado como Estado paleo- positivista o Estado legal de Derecho (Gil, 2011, p. 45).

Raymundo Gil (2011, p. 47), hace una crítica a esta primera noción de Estado de Derecho en el sentido que fue concebida como una estructura formal de respeto a la ley que se adaptaba a cualquier ideología, sin tomar en cuenta las exigencias materiales y espirituales del ser humano.

1 Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Privada de Piura, Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla de la Mancha de España, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Consejero Regional de La Libertad; Profesor de Pregrado y Postgrado en la Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Nacional de Piura y la Universidad Privada Antenor Orrego; Director de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, Presidente del Instituto de Gobierno de la Universidad Privada Antenor Orrego, Presidente de la Asociación Civil Promotora de la Universidad Privada Antenor Orrego y autor de varios artículos y libros sobre Derecho Constitucional.

“El constitucionalismo que aparece entre los Siglos XVII y XVIII, da parte a modernos tipos de organización política con fundamento en el inicio de la división de poderes y la defensa de los derechos del hombre” (Santiago, 2008).

“Ospina comprende al neoconstitucionalismo como una doctrina cuyo trasfondo es el iusnaturalismo que sustenta el estudio del enlace identificativo entre derecho y moral, siendo por esto último abiertamente contrario al positivismo ideológico” (Ospina, 2014, p. 248).

“El término *neoconstitucionalismo* fue acuñado para identificar una doctrina filosófica acerca del derecho, que surgió al observar cómo unas propuestas teóricas, defendidas por algunos influyentes académicos, se unían evidenciando la necesidad de un cambio en la tradicional aproximación positivista al derecho por parte de diferentes sectores de la doctrina. Esta corriente heterogénea, difícil de identificar y sin una etiqueta que la agrupara, era apoyada por autores que defendían posiciones –en muchos aspectos relevantes– muy lejanas entre sí. A pesar de esto, sus propuestas teóricas se fueron combinando, ofreciendo la oportunidad de una reconstrucción unitaria que daba cuenta de una nueva doctrina (o de una nueva perspectiva hacia el derecho), que se oponía explícitamente al positivismo jurídico, al tiempo que pretendía apartarse del tradicional iusnaturalismo: el neoconstitucionalismo.” (Pozzolo, 2016, pp. 143-144).

En el neoconstitucionalismo, se propone una nueva concepción referente al Estado de derecho, en la cual se protege la primacía la Constitución, es así que se deberá tener en cuenta una adecuada interpretación y ponderación, sus primeros orígenes históricos se remontan a los iniciales aportes de la emitidos por la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán y a través de la aplicación de la Ley fundamental de Bonn.

Así como hemos conocido los orígenes del neoconstitucionalismo es necesario saber que este ha ido evolucionando para perfeccionarse y volverse esa corriente doctrinal y filosófica que está ganando espacio merecido en nuestro sistema jurídico. El neologismo neoconstitucionalismo se utiliza para describir ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales europeos, tras la segunda guerra mundial. Trata sobre *“una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado Constitucional”* (Aldunate, 2010, p. 83).

“Estos fenómenos se verifican tras el surgimiento de las Constituciones europeas, luego de la Segunda guerra mundial y la labor de los tribunales constitucionales desarrollada a partir de ese momento. Son

evidencia de ello, las Constituciones de Alemania, Italia, Francia y más tarde, de España. Esta evolución forma parte de una nueva fase dentro del desarrollo del proceso histórico del Constitucionalismo Europeo, pero con características diferentes respecto de las etapas anteriores. Por eso, es que recibe el nombre de *neoconstitucionalismo*” (Santiago, 2008, p. 5). “Desde los años en que inicio la segunda guerra mundial, el creciente interés y fuerza reconocidas a los derechos, a través de constituciones y documentos internacionales, junto a la exigencia de reencontrar un modo para hablar racionalmente o razonablemente de justicia, han sido elementos no poco relevantes del *giro interpretativo* tomado por el derecho” (Pozzolo, 2016, p. 149).

Posteriormente, las características del sistema jurídico que resulta de esta evolución se expanden a los demás países del mundo, así en América Latina, con la Constitución colombiana de 1990; también en Hungría, Sudáfrica, India, Turquía, etc.

“Aunque la perspectiva neoconstitucionalista encuentra sus raíces en Europa, con la emanación de las constituciones de la segunda posguerra y en el trabajo de los tribunales alemán e italiano en un primer momento, su formulación a finales del siglo pasado encaja convenientemente con el cambio institucional que durante el mismo período se fue desarrollando en América Latina” (Pozzolo, 2016, pág. 149).

Según el jurista italiano Riccardo Guastini, son siete las condiciones que evidencian la constitucionalización de un establecido método jurídico: “1) *Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales*; 2) *La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional*; 3) *La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas programáticas sino preceptivas*; 4) *La sobre interpretación de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos*; 5) *La aplicación directa de los normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares*; 6) *La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores*; 7) *Influencia de la Constitución en el debate político*” (Santiago, 2008, pág. 6).

En el sistema, son transcendentales los derechos elementales ya que se posicionan en un puesto central en la vida jurídica y política. Son valores que impregnan todo el ordenamiento estatal e influyen en las relaciones particulares. Todo esto lleva al crecimiento e importancia del rol que a partir de ese momento van a tener los jueces. Para el neoconstitucionalismo, la constitución es la carta de valores de la comunidad social y política, razón por la cual hay varias conexiones entre derecho y moral (Pozzolo, 2016, pág. 147).

Es así como ya conociendo los orígenes y el proceso evolutivo del Neoconstitucionalismo, podemos llegar a una mirada más certera a lo que significa esta corriente doctrinal y los campos que esta abarca.

El neoconstitucionalismo constituye un neologismo ambiguo y vago que admite varios sentidos, por eso es que resulta preferible hablar de neoconstitucionalismos (en plural); no obstante, esta situación, más que un defecto constituye una virtud, puesto que el neoconstitucionalismo, como formación jurídico política, se halla presente en todo tipo de debates; en debates de filosofía política que tratan sobre la mejor forma de estructurar las instituciones democráticas; en lo que se debe comprender por derecho y su vínculo con la moral, etc. (Prieto, 2010, p. 462).

El término ‘neoconstitucionalismo’ ha adquirido una complejidad significativa, ya sea como vehículo de significados en sentido estricto, ya sea por los elementos teóricos que lo componen (o descomponen) y que reflejan su función política como doctrina (debido a que, por ejemplo, la elección de interpretar las normas como reglas o como principios cambia el equilibrio entre los poderes estatales y sus competencias)” (Pozzolo, 2016, p. 142).

En consonancia con lo anterior y tomando como base el Estado Constitucional de Derecho, se presentan distintas maneras de entender el neoconstitucionalismo; son las siguientes:

EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FILOSOFÍA POLÍTICA

Esta concepción nace de observar al Estado Constitucional de Derecho como la mejor forma de organizar la sociedad política, donde hay una norma suprema que decide la forma democrática y la forma como se nombran a las autoridades y los cargos públicos. Esta norma suprema señala los valores morales y jurídicos a los que se deben adecuar las autoridades y demás normas; los jueces conformantes de un poder independiente son los encargados de señalar la nulidad de aquellos actos que contravengan lo dispuesto en la norma suprema. Además, pueden sustituir al legislador, siempre y cuando estos no hayan desarrollado adecuadas garantías para un determinado derecho.

El inconveniente que trae esta idea es la aparición de una Constitución invasiva, que deja en los jueces la determinación de los asuntos controvertidos. Prieto señala al respecto la existencia de una concentrada normatividad en derechos, principios y valores, incluidos en el texto constitucional, que desemboca en un decidido judicialismo (Prieto, 2010,

p. 471). Se considera que la facultad del juez, de aplicar las cláusulas constitucionales a la resolución de todo tipo de conflicto, establece una seria advertencia al interés independiente de la ley.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO RENOVACIÓN DE LA TEORÍA POSITIVISTA DEL DERECHO

Según esta afirmación el factor constitucional va a tener predominio por encima de la ley, que pasaría a un segundo plano. Se encuentra a la Constitución como norma suprema, cuya concentración de reglamentación hace que el valor y adaptabilidad de la ley sea continuamente sometida a interrogación y verificación.

Sin embargo, las distintas formas de comprender el neoconstitucionalismo, este presenta una base muy común, el cual es el ejemplo, de Estado Constitucional de Derecho, que nace en Europa, luego de que se llevó a cabo la segunda guerra mundial.

El Neoconstitucionalismo, como primacía de la Constitución, se entiende como origen primario de las demás normas. Es competencia del juez y de la autoridad y lo que emplea ante los inconvenientes de una realidad desigual con valores opuestos, debe explicar su resolución de manera argumentativa y con una explicación de índole ponderativa (principio de proporcionalidad).

La ponderación, como instrumento interpretativo del neoconstitucionalismo, denota resolver acerca de la primacía de un derecho fundamental sobre otro, cuando ambos se contraponen en la solución de una controversia concreta. Respecto del principio de proporcionalidad, este se encuentra ligado a la intervención de los poderes públicos, a la intervención que realizan sobre un derecho fundamental y, mediante el principio de proporcionalidad, se busca medir su extensión y valorar la proporción de la intervención en el aludido derecho, a través de los subexámenes de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto.

Encontrándose en el ámbito del derecho constitucional, que refiere sobre el uso de los derechos elementales, el desenlace de la discusión acerca de este asunto demanda el uso de explicaciones de mayor relevancia, basándose en cuestiones de juricidad y moralidad (Figuroa E., 2011, p. 2). Por ese motivo, en el neoconstitucionalismo es de vital importancia en el rol que desempeña el juez para la validez de los principios constitucionales.

Asimismo, según Edwin Figuroa (2011, p. 4), el neoconstitu-

cionalismo como Estado Constitucional de Derecho, es el resultado de la convergencia de dos tradiciones; la norteamericana, en cuanto herramienta utilizada para la defensa de derechos y la materialización de los derechos de propiedad, vida y libertad; y la francesa, por el carácter de garantía que ofrece la Constitución.

Resulta importante resaltar que con el neoconstitucionalismo obtiene importancia la filosofía, política, moral y jurídica del intérprete del Derecho, por lo que deja de ser la ley la única, suprema y racional fuente de derecho.

García (2015, p. 495), señala que el neoconstitucionalismo aporta elementos no solo desde el punto de vista teórico, sino también desde los puntos de vista político y jurídico. Así se plantea un tipo de Estado Constitucional de Derecho de alto contenido ideológico, puesto que adopta el modelo axiológico de la Constitución, como norma directamente aplicable en lugar de solo como regla, y que condiciona al resto de reglas de menor jerarquía.

Desde un punto de vista más claramente normativo, como ideología del derecho, la postura neoconstitucionalista subraya la subordinación de todo el derecho al contenido constitucional. Esta perspectiva se conecta, aunque no necesariamente, con la tradición doctrinal del constitucionalismo político en su sentido más amplio, entendido como doctrina de la limitación jurídica del poder. De este modo, con el modelo de Estado constitucional contemporáneo, dotado de una constitución extensa y densa, el constitucionalismo obtiene el resultado querido, puesto que finalmente todo el derecho está sujeto al derecho mismo. Sin embargo, siguiendo esta dirección, se acentúan sobre todo los elementos sustantivos sobre los formales, que se presentan como medios para asegurar la aplicación de un derecho sustantivamente justo y no solo legítimo. En esta línea, se disminuye la atención hacia los mecanismos de *check and balance*, mientras que se acentúa el interés por los valores insertos en los principios constitucionales que se muestran como el baluarte más fuerte en contra de las degeneraciones del poder” (Pozzolo, 2016, p. 145).

“Neoconstitucionalismo y constitucionalización que han desarrollado en nuestro ámbito jurídico son lo mayor expresión de sistemas jurídicos de línea occidental de derecho debidamente codificado. Los propios intelectuales con quienes han originado el cambio, por lo que la fundamentación neoconstitucionalista aún se rige por las normas jurídicas positivas, marcada por constituciones rígidas, largas y muy garantizadas” (Pozzolo, 2015, p. 368)

No obstante, el neoconstitucionalismo tampoco ha estado libre de críticas, así Guastini señala que aquel constituye no una teoría sino una acumulación de actitudes axiológicas y de tesis normativas (Barberis, 2015, págs. 457-458). Este autor hace una crítica del neoconstitucionalismo, principalmente de la conexión que se establece entre derecho y moral y de la diferencia entre principios y reglas; los principios se aplican para la ponderación y las reglas para la subsunción. Barberis discrepa afirmando que el neoconstitucionalismo no constituye solo un cúmulo de ideologías, sino que se refiere a auténticas teorías radicadas en tendencias profundas de la ética contemporánea (Barberis, 2015, pp. 472-473).

Ferrajoli (2015, pp. 523-524) propone una revisión terminológica, puesto que el neoconstitucionalismo como experiencia jurídica de las actuales democracias constitucionales, se ha puesto en contraposición con una noción de constitucionalismo “político”; noción moderna pero antigua, dirigida a la limitación de los poderes públicos como garantía de determinados ámbitos de libertad, y estos límites y garantías son de carácter político, vale decir resultan externos a los aspectos jurídicos. Esto nos permite evidenciar la transformación de prototipo que ha sido elaborado en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional.

Se propone una terminología diversa y correlativa, que utilice términos homogéneos, todos referidos a la experiencia jurídica. Así se utilice la expresión *ius-constitucionalismo*, *Estado Constitucional de Derecho* o simplemente *constitucionalismo* para diferenciarlo del Estado Legal de Derecho, que no tiene Constitución o tiene una constitución flexible, y que caracteriza al constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales. Inclusive a las dos concepciones actuales del constitucionalismo jurídico se les puede denominar constitucionalismo *ius naturalista* y *constitucionalismo ius positivista* (Ferrajoli, 2015, p. 526).

Para Salazar (2015, p. 573), resulta relevante hacer una distinción entre las dos teorías predominantes del derecho constitucional contemporáneo: el garantismo y el neoconstitucionalismo. Esta distinción influye con consecuencias significativas en el ámbito de la justicia constitucional, sobre todo cuando se tenga que interpretar y aplicar las normas de principio establecidas en las atribuciones elementales de los ciudadanos y en las directrices que sustentan el constitucionalismo democrático.

Lo que distingue al garantismo del neoconstitucionalismo es que aquel adopta el positivismo metodológico y los autores neoconstitucionalistas aceptan la inclusión de algunos elementos del derecho natural en el derecho positivo (Salazar, 2015, p. 580).

De acuerdo con lo relacionado al ámbito de la justicia constitucional, el garantismo rechaza el decisionismo en derecho y la función judicial debe ceñirse rigurosamente al principio de legalidad. De esta manera, se podrá reducir la discrecionalidad y la arbitrariedad en el quehacer del juzgador. Al juez le corresponde llevar a cabo una labor crítica sobre disposiciones que resulten inconstitucionales, pero esta labor debe sujetarse al principio de legalidad.

En el neoconstitucionalismo, se es más flexible con la discrecionalidad judicial, se toma en cuenta la actividad del juzgador para la interpretación de las normas, donde se puede acudir a principios morales para la integración del derecho. Aquí la labor judicial será creativa y en algunos casos, el juez suplantarán al legislador.

“El desacuerdo entre principios y normas es claramente una particularidad diferenciadora, y muestra el alejamiento correspondiente al positivismo jurídico, haciendo alusión a la diferencia entre forma y substancia” (Pozzolo, 2015, p. 367)

Aplicando entonces lo antes leído podemos hacer un pequeño análisis del el control político y la restricción de derechos en el Neoconstitucionalismo. El control político constituye uno de los sistemas por los cuales se aplica el principio del control constitucional del Estado, el otro sistema es el control judicial. El principio del control constitucional del Estado es aquella regla que garantiza que la Constitución va a prevalecer en su aplicación sobre toda norma legal y otras de menor jerarquía.

La fiscalización política de la constitucionalidad de las leyes es llevada a cabo por un organismo diferente a los organismos judiciales ordinarios. Este organismo puede ser el Congreso, un tribunal u otro organismo diferente señalado por Ley.

Se define al control político “como aquella función constitucional de vigilancia del *Parlamento* sobre las actuaciones o descuidos de funcionarios del Estado, en exclusivo del Poder Ejecutivo, y de demanda de información sobre sus actividades. También con este concepto se le considera como un mecanismo eficaz para requerir y respaldar la acción del poder y la administración gubernamental de una manera transparente y al mismo tiempo solicitar la obligación política de las personas que llegan a cargos de elección popular, entre ellos el: Presidente de la Republica, gobernadores y alcaldes y sus equipos de gobierno (administración)” (Constenla, 2014).

En el devenir histórico, la idea de fiscalización política no siempre

recibió un reconocimiento completo y manifiesto por parte de la doctrina constitucional. Inclusive diferentes modelos de formas de gobierno pasaron sobre las entidades de control político. Los antiguos contemplaban a esta institución como fragmento elemental del concepto de Constitución. En la edad media, se reforzó la idea de controlar el poder, sin embargo, no se estableció una norma jurídica que garantice el control planteado. Desde inicios del siglo XX, la institución regresa a ser tomada por la doctrina constitucional y desde entonces, se le considera como un elemento fundamental del Constitucionalismo moderno.

Existen una serie de mecanismos por los cuales se lleva a cabo el control político:

- Control preventivo. Se lleva a cabo antes de que se consuma la violación al texto constitucional. Opera a través de la consulta que puede hacerle el *Parlamento* al Tribunal Constitucional para examinar la posible infracción constitucional.
- Control efectivo. Se lleva a cabo en el momento en que se comete la infracción constitucional.
- Control retroactivo. Acto mediante el cual se repara un acto de violación a la Constitución.

Ha sido un permanente en la historia de los pueblos, su lucha por establecer mecanismos de control del poder absoluto. Finalmente, en aras de preservar la libertad, se produjo la división y separación de funciones en el Estado, de modo que el poder es ejercido por el gobierno, *Parlamento* y pueblo, estableciéndose un control político mutuo entre los tres.

El control político entre las instituciones del Estado Constitucional de Derecho admite cuatro tipos de relaciones; el control político del Estado sobre el *Parlamento* el control político del *Parlamento* sobre el Estado; el control que llevan a cabo los Tribunales sobre el *Parlamento* y el gobierno; finalmente, el control que lleva a cabo el pueblo sobre quienes detentan el poder. El control político busca lograr el equilibrio y balance entre poderes; no permite que exista un poder unilateral, omnímodo y omnipresente.

En América Latina (Constenla, 2014), de la revisión de sus constituciones políticas, se advierten las próximas particularidades, respecto a la acción del “Control Político”:

- En cada una de las Constituciones Políticas estudiadas se puede ver que la acción de esta ocupación de supervisión es constantemente una tarea que realiza el Parlamento.

- En Chile, la Constitución Política representa la especialidad de la Cámara de Diputados la cual define la convocatoria a los funcionarios a cerca de los temas requeridos y al Senado le compete implantar castigos. Las demás Constituciones Políticas, ambas Cámaras tienen la facultad de ejercer Control Político, al citar a los funcionarios y, ocasionalmente, fijar castigos de índole moral o sancionadora.
- Respecto a las Constituciones Políticas boliviana, chilena, colombiana y guatemalteca, la acción del “Control Político”, por parte del Poder Legislativo, puede llevar hacia la exclusión del funcionario, estando conforme a los procedimientos que han sido fijados en las Constituciones.
- Cuando hablamos de las demás Constituciones, no ha quedado explícitamente fijado que la acción del “Control Político” conlleve a acciones de destitución del funcionario que ha sido puesto en cuestionamiento por sus acciones o si en todo caso se limita a manifestar una recomendación, que sea dirigida al Poder Ejecutivo, para la destitución.

Los derechos fundamentales constituyen un concepto controvertido en la doctrina; el mismo que ha sido objeto de múltiples definiciones desde diferentes perspectivas. Para Luigi Ferrajoli “*los derechos humanos son derechos subjetivos que se relacionan universalmente a todos los seres humanos en cuanto ostentan el status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*” (Ferrajoli, 2002, págs. 37, nota 42). Asimismo, los derechos fundamentales no tienen carácter ilimitado, sus limitaciones se encuentran en el sentido de permitir que los demás ejerzan el derecho que les corresponde. Esto para posibilitar una sana convivencia y armonía en la sociedad.

De modo que se admite que los derechos fundamentales puedan ser objeto de restricciones o limitaciones. A la restricción de los derechos fundamentales se les aplica las siguientes teorías (Parra, 2010, pp. 80-81):

- Teoría externa de las restricciones (también se le llama “teoría de los derechos limitables”) Esta teoría parte de la existencia de dos objetos; el primero es el derecho que no está restringido, luego se aplica la restricción y se tiene como resultado el derecho limitado o restringido.
- Teoría interna de las restricciones (“teoría de los derechos no limitables”). Según esta teoría, existe un derecho cuyo contenido se encuentra ya determinado y no puede ser objeto de restricciones, puesto que no se trata aquí de la reducción o disminución del derecho, sino de determinar los límites de su contenido a los que

también se les denomina como inmanentes. Esta concepción le sirve al operador jurídico para comprobar si el contenido aparente del derecho es su contenido verdadero.

Se considera que la teoría externa es la más adecuada puesto que explica mejor las restricciones que sufren los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales admiten su restricción ante casos concretos, no obstante, esta restricción tiene un límite que se gradúa a partir de su conformidad con la Constitución y la preservación del contenido elemental del derecho fundamental. Es decir, existe una parte de este derecho que es de indispensable cumplimiento para el amparo efectivo del interés jurídicamente protegido. Asimismo, una forma de control sobre las limitaciones de los derechos fundamentales se realiza en base al principio rector de proporcionalidad. En cuanto al test de Proporcionalidad; “El test de ponderación (también entendido como razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad), es el modo de resolver los conflictos entre principios. La acepción que mejor se ajusta al uso jurídico de la ponderación refiere que es la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas” (Prieto, 2008, p. 99).

“Es decir que la ponderación culmina con el triunfo de alguna de ellas en el caso concreto. Pero, sí es esencial que exista estabilidad en el plano abstracto o de validez; las normas serán todas del mismo valor, de otro modo no tendríamos que ponderar nada; en una discordancia se impondría el de mayor valor. Se tratan pues, de normas con sentido opuesto y el crítico en un inicio no puede privarse de considerar ninguna de ellas. Por ello, es necesario producir un *enunciado de preferencia condicionada*, que opere sólo en el caso concreto. La ponderación busca ser una manera para la argumentación de dicho *enunciado de preferencia* que se refiera al caso preciso; un apoyo para solucionar discrepancias entre principios con el mismo valor o jerarquía. También puede ser utilizada la siguiente fórmula: *cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro*” (Prieto, 2008, p. 100).

Siguiendo al Tribunal Constitucional español, el juicio de ponderación comprende necesariamente los siguientes cuatro pasos:

- i. Debe existir necesariamente un fin que sea constitucionalmente legítimo, que será la base en que se fundamentara la interferencia con otro principio y derecho, por lo que de evaluar que, si ambos

derechos son legítimos desde la perspectiva constitucional, de ser así se iniciara la comparación de tales normas.

ii. Se realizará una máxima ponderación para así poder acreditar la idoneidad respecto a la medida objeto de control, esto teniendo en cuenta que no se vulnere algún principio o derecho constitucional. En el desarrollo de esta etapa no se pretende imponer mediante vía jurisdiccional medidas idóneas o que de por sí sean eficaces, sino se busca excluir a las medidas que se acreditan señalándose gratuitas y son de manera objetiva ineficaces.

iii. Otro punto importante es determinar la participación lesiva de un principio o derecho constitucional es fundamental, ya que se debe acreditar que existe otra medida menos grave o restrictiva que cumpla la misma finalidad. Por lo que, existiendo diferentes medidas, se tendrá preferencia a la que ocasione un menor menoscabo al otro principio de derecho en litigio.

iv. “La ponderación se concluye con el conocido juicio de proporcionalidad, señalándose que en sentido estricto se deberá evaluar un juicio normativo y jurídico de la medida a imponerse, por lo que debe existir un equilibrio respecto a beneficios que se podrán obtener y los posibles daños que traerá consigo esta medida (verificar medida más razonable), con lo que podrá llegar a determinar la relevancia jurídica que en cada caso en concreto tienen los principios o derechos en disputa, realizando una valoración conjunta y objetiva entre la satisfacción y el posible sacrificio” (Prieto, 2008, pp. 109-112).

Finalmente podemos concluir que:

i. Al hablar de un Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho inmediatamente se piensa en la función de control del Poder Legislativo y Ejecutivo, base del Estado Constitucional Moderno; ello nos lleva a concluir que la Constitución significa un límite al Poder, contrastable con la evolución histórica del pensamiento humano.

ii. La historia nos da a conocer a grandes pensadores de la época como Platón, Aristóteles, o Santo Tomás de Aquino, ellos buscaban explicar las causas y por qué se debería limitar el poder mediante criterios racionales, por ejemplo, se preocuparon por dictar medidas en contra del abuso de poder proveniente de cualquier tipo de gobierno antiguo.

iii. Lograr una armonía constitucional entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo– y buscar no permitir la irregularidad por parte de cualquiera de ellos, no ha sido producido por la imprevisión; ha conllevado un desarrollo de más de 2000 años de evolución en el pensamiento de la humanidad, lo que nos lleva a concluir que la elaboración y uso

de los métodos de fiscalización política adecuados se transforman en un requisito en el Estado Constitucional Moderno, pues echando un vistazo al pensamiento de los antiguos se constata que la manera adecuada de gobierno es el gobierno equilibrado, el cual se conseguirá con la identificación de superioridad de la Constitución.

iv. El origen del neoconstitucionalismo se encuentra vinculado al concepto de Estado de Derecho. Mediante neoconstitucionalismo se inicia una nueva concepción del Estado de Derecho, en el cual existirá superioridad de la constitución.

v. El neoconstitucionalismo surge de una nueva fase, de carácter diferente, del proceso histórico de evolución del Constitucionalismo europeo, que se produce después de la Segunda guerra mundial.

vi. El neoconstitucionalismo constituye un término que admite varios sentidos, los mismos que permiten considerarlo como una cultura jurídico- política presente en todo tipo de debates.

vii. Con el neoconstitucionalismo toma un papel relevante la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del derecho, ya no va a ser la ley la única, suprema y racional fuente de derecho.

viii. En la doctrina existen críticas para el neoconstitucionalismo, no se le considera como una teoría, sino como una acumulación de actitudes axiológicas y de tesis normativas. Se le critica principalmente la conexión que se establece entre el derecho y la moral y la diferencia entre principios y reglas. El método de la ponderación, o también llamado test de proporcionalidad hace necesaria la aplicación de principios.

ix. Se hace imprescindible distinguir claramente las diferencias entre el garantismo y el neoconstitucionalismo; las mismas que tendrán consecuencias significativas en el ámbito de la justicia constitucional, sobre todo cuando se tenga que interpretar y aplicar las normas de principio que establecen los derechos elementales de las personas y los principios que sustentan el constitucionalismo democrático.

x. El garantismo se caracteriza por rechazar el decisionismo en derecho y la función judicial debe ceñirse rigurosamente al principio de legalidad. En cambio, el neoconstitucionalismo, resulta ser más flexible con la discrecionalidad judicial; toma en cuenta la actividad del juez para la explicación de la normativa, quien puede acudir a principios morales para la interpretación del derecho.

xi. El control político forma parte del principio del control constitucional del Estado, este garantiza que la Constitución prevalezca en su aplicación sobre toda norma legal y otras de menor jerarquía.

xii. Mediante el control político, el poder se democratiza y sus funciones se distribuyen racionalmente dentro del Estado Constitucional.

xiii. El control político se orienta hacia el equilibrio y balance entre poderes; no permite el poder unilateral, omnímodo y omnipresente.

xiv. Existe un límite en la restricción de los derechos fundamentales que se gradúa a partir de su conformidad con la Constitución y la preservación del contenido esencial del derecho fundamental.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARA A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA

OVER HUMBERTO SERRANO SUÁREZ¹

INTRODUCCIÓN

El desplazamiento forzado en Colombia deviene de la violencia política y conflicto armado que ha caracterizado al país, en mayor intensidad en los años 50, pero con altibajos de negociaciones de paz en sus últimos 62 años, un punto de referencia para las nuevas generaciones la firma de los acuerdos de paz entre el Gobierno Nacional y la Farc – Ep en la Habana Cuba como en Colombia Bogotá en el año 2016.

Existen otros factores que la literatura al respecto enfoca, dígase económicos, generados por circunstancias ambientales ajenas a la voluntad de víctimas y victimarios como inundaciones, terremotos, erupciones, y otras con intervención del hombre que impacta el hábitat como lo es la explotación minera ilegal. También situaciones relacionadas con el desarrollo y lo expresado tema de conflicto armado, social o violencia.

Una u otra razón trae efectos, ambientales, económicos, políticos, sociales, demográficos, culturales, es decir, todo aquello que implica la violación de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, forjando una tensión entre los Derechos Fundamentales y el desplazamiento conllevando a su decadencia y la política pública del desplazamiento forzado encaminada a fortalecer los indicadores de Goce efectivos de Derechos de las Personas en Situación de Desplazamiento Forzado y erradicar el Estado de cosa inconstitucional.

Si es cierto el tema a tratar se circunscribe a los “Derechos fun-

1 Abogado (U. Libre), maestría en Estudios Políticos (U. Javeriana), maestría Derecho Penal y Criminología, (U. Libre) especialización en Sociología Jurídica (U. Externado de Colombia), especialización Antropología Forense, (U. Nacional de Colombia) Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica.(U. Libre), especialización en Ciencias Jurídicas y curso Intensivo Derecho Penal Constitucional U. de Buenos Aires, Argentina, especialización y Curso Di Alta Formazione In Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Università di Pisa, curso Interdisciplinario en Derechos Humanos: Educación en derechos humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José Costa Rica, VII Encuentro internacional: Escuela de verano sobre temas penales contemporáneos U de la Habana Cuba. Docente planta y ex decano (e) Facultad de Derecho Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

damentales de cara a las políticas públicas del desplazamiento forzado en Colombia” se encierra en el marco de la dignidad humana como principio base del Estado Social de Derechos que invoca la Constitución Política de Colombia.

El objetivo que se pretende es significar que la debilidad que ha tenido Colombia en la práctica de restablecimiento y prevención frente a las Personas en Situación de Desplazamiento Forzado conculca sus Derechos Fundamentales y por tanto la dignidad humana.

Lo dicho implica una metodología circunscrita a la revisión de documentos, descripción, estudio y análisis de la cuestión, sobre lo cual versara el cuerpo de la ponencia permitiendo una fundamentación teórica lo que irradiara una respuesta al problema a plantear.

ELEMENTOS TEÓRICOS Y RACIONALIDAD DE LOS ACTORES EN PERSPECTIVA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de adentrarnos en la relación derechos fundamentales, política pública y desplazamiento forzado, resulta de buen recibo, iniciar con una noción de política pública que facilite tenerse como el vínculo conector entre derechos esenciales y emigración forzada.

Para ello se acude en parte a lo consignado en *“análisis de la formulación de la política pública de víctimas de desplazamiento forzado en la fase de retorno en Santiago de Cali: El caso del plan integral único (PIU) 2009 – 2010”*, por José Luis Aristizábal Ramírez y Jessica Andrea Villegas Muriel.

Ante el interrogante ¿Qué es una política pública? Se muestra como correlación del Estado y la Sociedad, en línea con “intereses de los actores inmersos en el proceso de posicionar el problema social del cual exigen reivindicar unos derechos en la agenda pública, y aún cuando éste ya haya sido tenido en cuenta, en todo el proceso de la política pública” (Aristizábal y Villegas, 2012, 53).

Para su comprensión se agrega, una vez un problema se visibiliza ante la opinión pública, “hasta la solución u omisión del estado o gobierno, respecto de ese problema, suceden varios eventos, que son el campo de estudio de la ciencia política precisamente en las políticas públicas, mediante enfoques teóricos ligados a éstas; unos más acentuados en el estado y otros, que se centran más en la sociedad” (Aristizábal y Villegas, 2012, 54). Así, se cita *“Una política pública se presenta como un programa de acción gubernamental en un sector de*

la sociedad o un espacio geográfico” (Meny, Thoenig, 1992, p 90).

Se acude a Alejo Vargas, para decir, que su visión, se orienta en la caracterización del actuar de la autoridad pública, sumando la característica de los objetivos y la manera en que se procura lograrlos, definiendo así: “entender la política pública como el conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a las situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables” (Vargas, 1999, p 57).

De otra parte, Aristizábal y Villegas (2012), citan características de las políticas públicas, tomando a autores como Lindblom (1991), Meny y Thoenig (1992), para explicar que la articulación entre las diversas acciones y decisiones se ajustan a los ejes determinados del programa de la autoridad pública en el curso de todo el proceso de construcción de la política pública.

En tal orden, presumen que las reglas actuales, que el Estado presenta son insuficientes para atender la pluralidad política que todos los días se incrementa, por tanto, el discurso del Estado Moderno se percibe como una representación normativa que solo se da discursivamente y no en la realidad institucional y en su beneficios a la sociedad. Encontrando, que los resultados de las políticas públicas en Colombia con infinita riqueza de multiculturalidad son deficientes, “pues no se trata que el enfoque diferencial sea un punto más de la política, sino de políticas integrales que se construyan con modelos de enfoques diferenciales de género, edad, etnia, entre otros” (Aristizábal y Villegas, 2012, p 56).

De otra parte, se comenta sobre las herramientas a seguir para implementar políticas públicas, una de ellas por *leyes* que “ante la detección de un problema y sus consecuencias, éstas pueden revertirse si se aplica un marco jurídico que lo regule. No obstante, generar leyes no es generar políticas, ello se complica cuando la repartición de justicia es cuestionable” (Ramírez y Villegas, 2012, p 56). la otra, *gobernar por planes*, ello sugiere que el diseño de un proyecto por si mismos remedia el problema, no obstante, es una carga forzosa que exige a los políticos a ser indiferentes a los cambios oportunos de la dinámica social. Para Aristizábal y Villegas (2012) las leyes y los planes tienen una trascendencia considerable, no pretenden descalificarlos o anularlos, sino enfatizar que como herramientas, no son las más adecuadas.

Se agrega, ser común identificar el concepto de políticas públicas a las solas acciones de gobierno, de tal orden que cualquier acción de los actores gubernamentales es entendida erróneamente como políticas públicas. Ante ello se dice, en cuanto los gobiernos no son ya los únicos

actores comprometidos en las fases del ciclo de las políticas, si realmente toda política pública es una acción de gobierno, no se comprime a este.

Ahora bien, se predica, “la finalidad normativa de la política pública, es producto de la movilización de recursos por parte de la autoridad pública, dicha acción refleja los intereses concretos del administrar de los recursos; por tanto, surge el escenario de *competencia social* de la política pública, este escenario refleja relaciones de consenso en las decisiones públicas entre los agentes involucrados y la administración con respecto de la problemática social, pero también puede suceder que se termine imponiendo los intereses expresados por la administración. Para logra imponerlo surgen los dispositivos de coacción y represión social. En palabras de Dye, los gobiernos eligen hacer o no hacer (Dye; 1984:1)” (Aristizábal y Villegas, 2012, p 57).

Seguidamente se hace referencia a la *política pública como proceso* observado desde la perspectiva clásica elaborado por fases o ciclos: i) Planteamiento del problema que se evidencia, ii) Inscripción de la política en la agenda pública, iii) Formulación de la política pública y el Plan Integral Único, iv) Toma de decisiones, v) Implementación, vi) Evaluación de la política pública y vii) Feed back o retroalimentación.

Se advierte al respecto, no obstante ser un modelo secuencial, la realidad social no se ajustan a esos niveles de organización progresiva y cuidada, que reclama efectuarse el proceso secuencialmente, de ahí, que tales características enunciadas por Majone conlleva hablar del ciclo de las políticas públicas, ya que no es un proceso lineal, su complejidad se define por el constante viraje de las condiciones sociales, de la adecuación de la política pública en relación a sus resultados, flexibilidad para ser modificada, para tener en cuenta a los disímiles actores en diversos grados de participación, acuerdos o desacuerdos trazados en el proceso indica que su elaboración, aplicación y evaluación resulte bastante complejo que dar respuesta a una sola pretensión social.

Se denota en el análisis clásico de las políticas públicas, respeto a la inscripción de un problema en la agenda de una administración, requerirse que la situación problemática alcance relevancia en la opinión pública, no obstante, la visibilización del problema y persuasión a la autoridad pública es una actividad que estriba en los agentes interesados, siendo conforme a Lindblom, una conjugación de acciones de presión de aquellos a la autoridad pública. “La importancia de los medios de comunicación, la relación con la institucionalidad y el carácter de sostenibilidad, aún cuando ya haya sido inscrito el tema, el agenciamiento de dispositivos de convocatoria para llamar a otros grupos que no son directamente afectados pero que poten-

cialmente son significativos por el grado de movilización que puedan implicar” (Aristizábal y Villegas, 2012, p 61).

En cuanto la *formulación de la política pública*, una vez incluido en la agenda en razón de ser prioritario, se requiere redefinir el problema, dependiendo de las acciones que ejecute la autoridad pública en torno de la cuestión. Ello permite delinear la ruta de la navegación de la política pública y el “cómo de la solución a la problemática, a partir del contenido normativo y la matriz de planificación que supone toda la plataforma de acción de la política” (Aristizábal y Villegas, 2012, p 61).

Se resalta que en las tomas de decisiones, la administración pública goza de múltiples respuestas, ante el proceso de formulación, que va desde prorrumpir con un mensaje favorable o diferir la solución a la problemática valiéndose de estudios de la cuestión. De ahí que se afirme: “el que una problemática haga parte de una agenda gubernamental no implica necesariamente que se generen unos productos de reivindicación al problema social mediante una política pública, pueden crearse incluso respuestas contingentes que no obedecen a una política integral que podría solucionar el problema, incluso puede darse el caso en el cual no actúe, por ello es tan importante analizar no solo las acciones, sino las omisiones”. (Aristizábal y Villegas, 2012, p 61).

En otras palabras, se indica, la política pública requiere ser analizada más por quiénes y cómo tomaron la decisión que por la decisión tomada. En su trabajo, Aristizábal y Villegas, tienen como agentes la mesa que integra las redes del SNAIPD, la mesa de las secretarías municipales y la alcaldía, la mesa técnica de la Asesoría de Paz encargada de la construcción del documento y la mesa de donde participaron las víctimas de desplazamiento forzado.

En cuanto el *significado de la evaluación* se mira como el análisis de los resultados futuros (si ésta se realiza posteriormente de la formulación), o actuales (si ella es después de la implementación) de políticas públicas, con realce en la confiabilidad y utilidad de lo que se pretende obtener o de lo logrado.

Se cita a Majone quién subraya que la dificultad característica de la evaluación de políticas públicas es *precisamente la diversidad de normas admisibles*, al considerarse una política pública como “*una actividad de comunicación pública*” y no únicamente de una decisión orientada a la efectucción de metas, además, el conjunto de actividades “Postdecisionales” o “retrospectivas” que pretenden tributar “evidencias, argumentos y persuasión”.

Acogiendo Aristizábal y Villegas (2012), las palabras de Peter Rossi y Howard Freeman (1982) en Zamora y Cano (2009) se tiene la evaluación como la aplicación sistemática de procedimientos de investigación social en evaluar la conceptualización y el diseño, la implementación y la utilidad de los programas de intervención social.

Fuera de ellas se trae la definición de Patrice Duran (1999) en Zamora y Cano (2009) para quien la evaluación como actividad de investigación aplicada, comprometida con la realidad y los actores que hacen parte de ella, la evaluación de políticas públicas son actividad de investigación aplicada, de producción de un conocimiento comprometido con las realidades sociales.

La reseña en cuestión, permite decir, que en el caso de la evaluación de la política pública en Colombia, no obstante, realizarse a través de agencias al servicio del Estado y Organizaciones no Gubernamentales, existe el ejercicio de monitoreo por parte de la Corte Constitucional, que tiene presente tales referentes, para decir en cuanto a los Derechos Fundamentales expresados en el Goce Efectivo de Derechos, si se cumple para decir, que no hay lugar a un estado de cosas inconstitucionales.

MEMORIA HISTÓRICA DE LA POLÍTICA PÚBLICA ENFOCADA AL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA

Identificar el estado y proceso de manifestación de la política pública que le asiste a las personas en situación de desplazamiento en Colombia implica recordar la ley 387 de 1997 donde se fijan parámetros de diseño e implementación de ella, sentencia T-025 de 2004 que declara el estado un estado de cosas inconstitucional dada la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y la precaria capacidad institucional para implementarla, decreto 052 de 2008 que ata y obliga diseñar los planes integrales únicos en el contexto local, además la ley 1448 de 2011 sobre víctimas, ellas y otras que resultan concordantes y autos de la Corte Constitucional, constituye el arsenal histórico de regulación de la Política Pública del Desplazamiento Forzado.

Siguiendo a Fabio Alberto Otálora Moreno, (2008) en el país se visibiliza existir diferentes métodos para registrar los desplazamientos forzados atendiendo las entidades que asumen el tema. En otras palabras, la Conferencia Episcopal de Colombia, utiliza el sistema RUT, conforme

el nombre bíblico, la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado (CODHES), se vale del Sistema de Información sobre Derechos Humanos y Desplazamiento Forzado (SISDHES), y el Estado colombiano conforme a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social – fundó el Sistema Único de Registro (SUR), variándolo a Registro Único de Población Desplazada (RUPD), en los años 2006 se denominó Sistema de Información de Población Desplazada (SIPOD) y hoy Registro Único de Víctimas (RUV).

Hay que decir, que la Conferencia Episcopal de Colombia, realiza fuera de ello, encuestas de seguimiento a las políticas públicas de desplazamiento forzado. Para realizar el registro en el SIPOD en aquel entonces se requería presentar el Registro Civil de cada miembro de la familia constituyéndose en una talanquera para llegar a una real estadística, incorpora la población desplazada como expulsada y receptora mientras CODHES sólo población expulsada.

Se afirma: “Este aspecto – el de los métodos- es relevante de tener en cuenta en el momento de realizar un análisis sobre el fenómeno del desplazamiento forzado, y para trazar políticas públicas, por cuanto, dependiendo de la entidad generadora de la información, tanto la dimensión del fenómeno como las cifras pueden variar de manera significativa”. (Otálora, 2008, p 140).

Llama la atención en el escrito “*La política pública de Desplazamiento Forzado en Colombia – Problemas de medición y magnitud del desplazamiento*”, el señalamiento, respecto del subregistro, que ante diversas razones no siempre se cuenta con el registro de las personas en situación del desplazamiento. Ello en consideración, según se cita a (Morales, 2005, p 20: “dificultades metodológicas de acceso a las personas en riesgo o en situación de desplazamiento, como a medidas restrictivas que no incluyen a quienes tiene el derecho a la protección y atención requeridas”.

En tal sentido, se indica, encontrarse altas dificultades metodológicas, cuando se topa estudios relativos, al acceso a registros de desplazamiento forzado, en que se incluye comunidades étnicas y afrocolombianas. “Si existen subregistros para los casos de poblaciones mestizas, estos son más altos para el caso de comunidades étnicas”. (Otálora, 2008, p 142). En tal orden, dice plantearlo la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de aquel entonces, en los siguientes términos: “Colombia carece de un sistema estadístico que recoja adecuadamente la realidad en cuanto violaciones de los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario”, además predica, “al carecer de estadísticas desagregadas sobre desplazamiento forzado de

indígenas y afrocolombianos, no está en capacidad de establecer lo suficientemente bien la situación de comunidades y poblaciones más vulnerables”. (Otálora, 2008, p 145).

Se afina, lo dicho en cuatro puntos en forma literal por Otálora (2008, p. 154).

“No existen medias jurídicas para proteger la propiedad de los bienes muebles, frutos, y rendimientos de propiedad de los desplazados.”

“Los planes de los desplazados están dirigidos en la mayor parte a la fase de atención de emergencia”

“Los métodos de recolección, sistematización y análisis de las cifras de desplazamiento forzado en Colombia son diferentes y en consecuencia no se pueden comparar”.

“Existen muchas normas jurídicas y sentencias en Colombia sobre desplazamiento forzado pero no se cumplen, presentándose una distancia entre la norma y la realidad”.

Ahora bien, dentro del referente histórico, no está, menos que hacer memoria, que los Principios Rectores, son el primer patrón internacional, desplegado para las Personas en Situación de Desplazamiento de orden interno. Son 30 Principios, fundados en leyes humanitarias internacionales, leyes de Derechos Humanos, que en realidad tienen un alto contenido de derechos fundamentales, que deben ser garantizados y definidos por indicadores de Goce Efectivo de Derechos, que se cristalizan a través de la política pública orientada a dicha población.

Los principios regulan los derechos de los desplazados y las obligaciones de los gobiernos y organizaciones no gubernamentales que deben cumplirse con las Personas en Situación de Desplazamiento, siendo un canal idóneo las Políticas Públicas que se diseñen e implementen, de ahí, que aquellos, incorporen todas las facetas del desplazamiento, en otras palabras, proteger a las personas contra el flagelo del desplazamiento forzado, protección y asistencia en el curso del desplazamiento, el retorno, el reasentamiento o la reintegración.

Valga señalar, del marco de conclusiones que realiza Gimena Sánchez Garzoli, en su ponencia “*Buscando soluciones duraderas para los desplazados: Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y experiencias internacionales de retorno, reasentamiento y reintegración voluntaria*” su expresión, ser en última instancia las soluciones duraderas a las situaciones de desplazamiento interno las fuertemente ligadas a las causas y a las raíces del conflicto que implican desplazamiento. Citando a Francis Deng: “El desplazamiento

interno es muchas veces un síntoma de problemas nacionales profundamente arraigados. El desplazamiento podrá resolver completamente solo cuando se ataquen las causas o raíces del conflicto, a través de medios políticos y de la promoción de la justicia, la seguridad y la igualdad para todos los ciudadanos. Si bien confrontar el desplazamiento presenta muchos desafíos, este proceso debe ser visto en forma positiva como una oportunidad para considerar las injusticias y plantar la semilla de la paz y la reconciliación nacional. Es importante que todos los sectores de la sociedad incluyendo el Gobierno, las agencias internacionales, los donantes, las organizaciones no – gubernamentales, la sociedad civil y los desplazados internos, sean participantes activos de éste proceso”.(Sánchez, 2004, pp. 55 y 56).

Durán y Parra (2007) hacen eco a la definición de la Política Pública orientada a las personas en situación de desplazamiento en Colombia. Indicando, los previos pronunciamientos al fallo del 22 de enero de 2004, como lo es la Sentencia SU- 1150 del 30 de agosto de 2000, siendo MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, informando, sobre el decir de la Corte Constitucional, que las políticas públicas de atención a personas en situación de desplazamiento, no logró contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de tales víctimas por la violencia, siendo corolario, ordenar el desarrollo de políticas y programas adecuados para la atención a la situación que evidenciaba vulneración de derechos fundamentales.

Se retoma el ejercicio de describir la respuesta estatal a la situación del desplazamiento forzado y los secuelas de la política pública orientada a la atención de las personas en situación de desplazamiento, la Corte Constitucional registra los dificultades más relevantes que ella evidencia, y bajo “ el principio constitucional de colaboración armónica de los poderes”, evaluó ciertos elementos que indefectiblemente requerían contener la política en su diseño, implementación, seguimiento y evaluación, con el propósito de garantizar el goce efectivo de los derechos de la población afectada por dicha situación.

Por tanto, se señala: “ El Estado colombiano, en virtud del mandato que le impone el artículo 2º de la Carta, tiene el deber de proteger a la población en situación de desplazamiento, y de esta manera está obligado a adoptar una respuesta a dicho fenómeno. Bajo este parámetro, la Corte valoró entonces si la política del Estado había contribuido o no, de una *manera constitucionalmente significativa*, al desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas en condición de desplazamiento”. (Durán y Parra 2007, p 19).

La Corte en la T - 025 de 2004 en mira de la política pública para personas en situación de desplazamiento, seguido, haber identificado la política

del Estado en mención en cada una de sus diversas etapas. Evalúa los resultados de ella y percibe que no son suficientes para “*contrarrestar la situación de vulneración de los derechos constitucionales de la mayoría de la población desplazada*”, evidenciando ser los resultados bajos de la respuesta estatal en razón a: “la precariedad de la capacidad institucional para implementar la política y (ii) la asignación insuficiente de recursos”. (Durán y Parra 2007, p 20).

Ello significa para la Corte Constitucional que el Estado colombiano, no dio respuesta, por tanto, ha sido nulo el goce efectivo de los derechos constitucionales para las personas en situación de desplazamiento, ordenando al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (CNAIPD) que asuma un programa de acción, precisando un programa, dirigido a subsanar las falencias en la capacidad institucional evidenciadas en su análisis de la política estatal encaminada a los desplazados.

De ello emana la expedición el 7 de febrero de 2005 del Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, elaborado y presentado por Acción Social, en calidad de coordinadora del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD) y representante del Gobierno Nacional, conforme artículos 9 y 10 de la Ley 387 de 1997.

Norma base de la política pública en atención y prevención del desplazamiento en Colombia, frente a la cual la Corte Constitucional hace monitoria a través de Autos a la gestión del Estado Colombiano en su voluntad de generar indicadores y realizaciones del Goce Efectivo de Derechos los cuales a la fecha no rebasan la situación de Estado de cosas inconstitucional y niveles de protección, en aras de ello se tiene ley 1448 de 2001 o de víctimas y los autos 116 de 2008, 008 de 2009 y 219 de 2011. Así, las cosas: en un ejercicio de resultados comparados de la medición IGED años 2010, 2013 y 2014 en que se tiene como fuente DNP 2015, se establece: un ISE en 2010 un 86% mientras 2013 se alcanza un 88%.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y NIVELES DE PROTECCIÓN

Un referente de grave afectación al derecho a una vida digna que sintetiza vulneración a derechos fundamentales y exigencia de orden nacional e internacional en el reintegro de derechos humanos acompañados de los principios rectores que orbitan en torno de personas en situación de desplazamiento forzado. Así las cosas, el Estado colombiano se obliga

respetar y garantizar los derechos de la población afectada por esta situación, emanada del conflicto armado interno, social, político y la minería ilegal, además, de situaciones atinentes al medio ambiente.

En tal marco, se tiene la ley 387 de 1997, que irroga el compromiso irrenunciable del Gobierno Nacional y Local de “formular las políticas y adoptar las medidas [necesarias] para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia”, en razón del compromiso institucional que encarna, la Corte Constitucional monitorea la situación y en sentencia T 025 de 2004, después de establecer vulneración y no cumplimiento de derechos fundamentales para la población en situación de desplazamiento expresa de cara a ello, estado de cosas inconstitucional, más en línea hacia la protección emana Autos de seguimiento a su providencia hito, ordenando que el estado defina indicadores del Goce Efectivo de Derechos, que más tarde, auditados no borran la situación ECI.

David Alfonso Durán García y Juliana Inés Parra Aldana al pronunciarse sobre “*Derechos de las Víctimas del desplazamiento forzado: Aportes desde la jurisprudencia y la doctrina*”, consideran, el artículo 24 de la Carta Política colombiana de 1991, pilar en el análisis del alto tribunal constitucional en su sentencia T 025 de 2004 y en la posibilidad de sus pronunciamientos respecto a la materia, cuando predica sobre la libertad de circulación, permanencia y residencia que se asienta en todo colombiano. “La Corte ha señalado que la afectación de este derecho implica necesariamente una violación de otro gran número de derechos en cabeza de la población internamente desplazada” (Durán y Parra, 2007, p. 17).

Se cita la advertencia de la Corte sobre los derechos que reflejan amenaza o vulneración en razón de un desplazamiento forzado como: “(i) el derecho a la vida en condiciones de dignidad; (ii) los derechos de los niños, de las mujeres cabezas de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos; (iii) el derecho a escoger su lugar de domicilio; (iv) los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación; (v) el derecho a la unidad familiar, (vi) el derecho a la integridad personal; (vii) el derecho a la seguridad personal; (viii) el derecho a la paz; (ix) los derechos a la igualdad y a la personalidad jurídica; y en general (x) los derechos económicos, sociales y culturales, educación, salud, trabajo, entre otros”. (Durán y Parra, 2007, p. 17, pie de página).

En otro aparte, se menciona que la Corte Constitucional subraya existir “ciertos derechos mínimos de la población desplazada que deben

ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades,(...) puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación”. Mínimo de protección y satisfacción de derechos, que en voces de la Corte que indubitablemente se requiere distinguir entre: “(I) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados y (ii) la satisfacción por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados”

Al respecto, la Corte señala, atendiendo al primer numeral, en ningún evento las autoridades nacionales o locales en su obrar pueden terminar desconociendo, lesionado o amenazando el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas en situación de desplazamiento; entre tanto, al segundo punto, presta atención, que gran parte de los derechos reconocidos por los diferentes instrumentos internacionales y por la Constitución Política de 1991 de Colombia conforme al bloque de constitucionalidad a las personas en situación de desplazamiento, imputan al Estado colombiano claras obligaciones de carácter prestacional.

CONVOCATORIA A AUDIENCIA PÚBLICA EN BÚSQUEDA DEL ACATAMIENTO A LA SENTENCIA T 0 25 DE 2004 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO EN COLOMBIA

Como colorario de la ponencia “*Derechos fundamentales de cara a las Políticas Públicas del Desplazamiento Forzado en Colombia*” se reseña el Auto 634 de fecha 27 de septiembre de 2018, bajo la sustanciación de la señora Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, atinente a la “*Convocatoria a Audiencia Pública en el marco del seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004*”

En cuanto las *consideraciones* señala: i) En la Sentencia T -025 de 2004, la Corte Constitucional declara la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado por: “Falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, el volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondien-

tes mandatos constitucionales y legales”. i) El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, dispuso que *“el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente establecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”*, la Corte Constitucional conserva la competencia, comprueba la observancia de las órdenes proferidas, *“asegura que las autoridades adopten las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población desplazada”*. iii) La Corte Constitucional conformó la Sala Especial de Seguimiento a T-025 de 2004, órgano especializado de la Sala Plena, quien valora los elementos aportados por el Gobierno Nacional, Órganos de Control, la población desplazada e intervinientes en el proceso, con el objetivo de evidenciar los avances y resultados en la superación del ECI.

En el auto 008 de 2009, la Corporación precisa 5 ejes temáticos a observar al momento de evaluar la superación del ECI, que el Gobierno Nacional debe demostrar:

- i) *“El goce efectivo de derechos de un alto porcentaje de la población desplazada, así como las condiciones para mantener el resultado y avanzar sosteniblemente en la garantía de los derechos de la misma”*.
- ii) *“La corrección de las causas estructurales del ECI, asociadas a la insuficiencia de recursos y deficiente capacidad institucional en el nivel nacional y territorial;”*
- iii) *“La conducencia de las políticas públicas, relacionadas con los derechos constitucionales de la población desplazada, al logro del goce efectivo de derechos, lo cual implica: (a) la orientación racional(idoneidad) de las políticas públicas para alcanzar dicha finalidad y, (b) la incorporación del enfoque diferencial, en relación con los niños, niñas y adolescentes, indígenas, afrodescendientes, mujeres, personas mayores y personas con discapacidad”;*
- iv) *“Las condiciones para que la población desplazada y las organizaciones de la sociedad civil participen de forma oportuna y efectiva en las decisiones que los afectan;”*
- v) *“La contribución de las entidades territoriales a la superación del ECI”*.

Mientras los Autos 385 de 2010 y 219 de 2011, son categóricos en decir, *“la sola demostración de ajustes presupuestales, la expedición de nuevas y mejores normas, el diseño y ejecución de mejores políticas públicas o el simple paso del tiempo no son criterios concluyentes, por si mismos, para dar por superado el ECI”*.

Ahora, el Auto 373 de 2016, conforme a lo indicado, establece *umbrales* (metas) que deben ser alcanzados en cada derecho a fin de determinar cuándo se ha alcanzado un estado de cosas acorde al orden constitucional. Definidos en razón del tipo de derecho, título jurídico, alcance y razón de ser.

Bajo la consideración que el rol del juez constitucional “se fundamenta, en última instancia, en el nivel de cumplimiento dado a las órdenes estructurales proferidas (**alto, medio bajo o incumplimiento**)”, se determina que la necesidad de intervención excepcional del juez constitucional se convalida al demostrarse el cumplimiento de órdenes, considerando la superación de los bloqueos institucionales y las prácticas inconstitucionales.

Así las cosas, el verificarse un *nivel de cumplimiento medio o alto* en la superación del bloqueo institucional o práctica inconstitucional, la intervención del juez constitucional resulta *leve*; pero si, el *nivel* de cumplimiento es *bajo* o se presenta un *incumplimiento*, ante la persistencia de los obstáculos en mención la intervención del juez constitucional será mayor.

Conforme a lo dicho del Auto 634 de fecha 27 de septiembre de 2018, sintetiza, el seguimiento y valoración del ECI conforme las siguientes pautas:

i) En relación a la vulneración *masiva, prolongada y reiterada* de los derechos de las PSD, el criterio orientador de seguimiento, “es la demostración del restablecimiento y garantía de sus derechos”. En consecuencia, atendiendo la dimensión de la vulneración de derechos, El Gobierno Nacional requiere demostrar la garantía efectiva de los derechos de un alto porcentaje de las PSD. Para tal efecto se atiende: “(i) los resultados de los Indicadores de Goce Efectivo de Derechos; (ii) el análisis de los mismos, en relación con los umbrales para superar el ECI, y, (iii) la sostenibilidad de los avances en la garantía de derechos con fundamento en los dos elementos previamente enunciados”.

ii) Tocante al segundo factor, atinente con la *falta de correspondencia entre las normas y políticas con la capacidad institucional y presupuestal nacional y territorial* para atender, asistir y reparar a la persona en situación de desplazamiento, el parámetro de seguimiento es demostrar la corrección de las causas estructurales del ECI. Puntualmente la Corte Constitucional examina la superación de bloqueos institucionales y prácticas inconstitucionales que conlleva a la intervención del juez constitucional, asociadas al cumplimiento de las órdenes impartidas para superarlas.

En todo caso se enfatiza los parámetros enunciados deben ser entendidos e interpretados en razón del criterio principal, que es, *la garantía de los derechos de la población desplazada*, en tal sentido, se afirma:

“las medidas que adopten las autoridades para superar las falencias estructurales que afectan la capacidad institucional deben tener *un impacto directo, claro e indiscutible en el avance del goce efectivo de los derechos de la población desplazada*, y deben garantizar que se va a avanzar en la meta de que todos los desplazados gocen de sus derechos constitucionales”.

La convocatoria a audiencia señalada en el auto 634 de 2018 por la Sala Plena de la Corte Constitucional, se produce en razón, que ellas posibilitan la identificación de los avances y retos en la garantía de los derechos de las PSD, a través de un diálogo constructivo entre autoridades nacionales y locales, Organismos de Control, víctimas, acompañantes del proceso y organizaciones de la sociedad civil.

Se presenta un *Contexto actual* cuya radiografía es:

La declaratoria del ECI se enmarco en un marco de agudización del conflicto armado y la violencia. “Las emergencias por desplazamiento alcanzaron su punto más crítico entre los años 2000 y 2002, período en el que, cada año, en promedio se desplazaron más de 670.000 personas, provenientes del 99% de los municipios de Colombia. El promedio anual durante 2009 y 2014 se mantuvo en 480.000 víctimas de desplazamiento, cifras que presentaron un importante descenso durante 2015 y 2017, período en el cual el promedio de expulsión anual se sitúa en 154.000 personas”.

Se señala “si bien la magnitud del desplazamiento no es la misma que se presentaba al momento de la declaratoria, en años recientes, los escenarios de riesgo que afrontan las comunidades, en algunas zonas del país, presentan transformaciones asociadas a los cambios en las dinámicas de la violencia y el conflicto armado en Colombia.

Conforme a los informes allegados a la Sala Especial por los entes de control, Defensoría del Pueblo, la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011(CSMLV), sociedad civil, oficinas de los Altos Comisionados de las Naciones Unidas para los Refugiados y para los Derechos Humanos, indican graves vulneraciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario reflejado en emergencias humanitarias como desplazamientos masivos, restricciones a la movilidad, desplazamientos intraurbanos y asesinatos a líderes y lideresas.

Se menciona que en el período 2015 – 2018, el desplazamiento forzado disminuyó globalmente, no obstante, los desplazamientos masivos registran un aumento constante. De ahí, la Defensoría insiste en advertir que los territorios y comunidades históricamente afectados por el conflicto armado y la violencia, a tiempos de hoy, visibiliza situaciones de revictimización, concretamente debido a. “(i) nuevo desplazamientos; (ii) restriccio-

nes a la movilidad; o (iii) imposibilidad de retornar o reubicarse.

La Corte Constitucional en el Auto 373 de 2016 destaca los primordiales adelantos logrados por el Gobierno, como resultado de (i) la creación de la Unidad Nacional de Protección (UNP) y el fortalecimiento de la ruta individual de protección; y (ii) la formulación y puesta en marcha de la ruta colectiva de protección. Sin embargo, se profieren en el Auto señalado, diversas órdenes al Gobierno Nacional, con el propósito de corregir fallas de la política pública dispuesta para la atención y la protección integral de las Personas en Situación de Desplazamiento, así como para erradicar *bloqueos institucionales y prácticas contrarias a la Constitución* que hace nugatorio el goce efectivo de los derechos de las personas desplazadas y la superación del ECI revelado en Sentencia T-025 de 2004.

Haciendo memoria a partir de lo dicho, el Gobierno Nacional allego disimiles informes, específicos conforme a las órdenes del auto 373 de 2016 como transversales en función del *auto del 11 de marzo de 2014*. Donde expone: “ (i) los principales resultados en materia de la política pública de prevención y protección, (ii) los resultados de las mediciones adelantadas en relación con los derechos a la vida, seguridad, integridad y libertad; y (iii) los diferentes cambios normativos generados con ocasión de las órdenes de la Corte Constitucional, las dinámicas de riesgo actuales, los problemas en materia de coordinación Nación – Territorio y el Acuerdo de Paz”.

En el presente Auto 634 calendado 27 de septiembre de 2018 en lo atinente con la garantía de los derechos a personas en situación de desplazamiento y avance en su restablecimiento:

Se denota, en el contexto del seguimiento a la superación del ECI avances esenciales que han sido reconocidos por La Corte Constitucional en el curso del proceso. Así, en la valoración integral más reciente que se efectuó mediante Auto 373 de 2016, la Corporación estableció significativos avances en relación con algunos de los componentes de la política dirigidos a garantizar el Goce Efectivo de los Derechos de las Personas en Situación de Desplazamiento. En tal sentido, se concluye que “*en los componentes de participación y de registro las autoridades acreditaron un nivel de cumplimiento alto a la orden de realizar ajustes importantes para avanzar en el Goce Efectivo de Derechos de la población desplazada*”.

Se reconoce el impacto de las disposiciones apadrinadas en el contexto de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en especial con el derecho a la restitución, que giro de incumplimiento a un nivel sobresaliente de cumplimiento. Además, se afirmaron adelantos fundamentales en materia de vivienda urbana, ayuda humanitaria y educación, conlle-

vando finiquitar un cumplimiento medio a las órdenes proferidas.

El estudio y análisis dejó ver que en factores de prevención y protección, vivienda rural, retornos y reubicaciones, y los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, el nivel de cumplimiento era bajo. En cuanto, componentes de generación de ingresos y protección de tierras se subraya incumplimiento.

CONCLUSIONES

La política pública para personas en situación de desplazamiento resulta de un periplo por más de sesenta años de violencia en Colombia donde se destaca la situación del conflicto armado que tiene entre los altibajos de la paz un punto cese con los acuerdos de paz de 2016 entre Estado y la Farc –Ep.

La política pública para personas en situación de desplazamiento se condensa en la ley 387 de 1997, resultando un conjunto normativo, que encuentra implementación deficiente atribuible a la falta de recursos económicos y humanos que se refleja en una puesta descoordinada y caótica.

La política pública para personas en situación de desplazamiento tiene recibo en la Corte Constitucional y mediante el pronunciamiento T 025 de 2004, se concluye que ella no ha conducido al reconocimiento e implementación del Goce Efectivo de Derechos de las Personas en Situación de Desplazamiento implicando la declaratoria de un Estado de Cosas Inconstitucional.

La correlación del Estado, Sociedad, actores al posicionar el problema social de las personas en situación de desplazamiento, esperándose reivindicar unos derechos en la agenda pública, en garantizar y proveer circunstancias que contribuyan a su mejoramiento de sus derechos humanos resulta insuficiente a pesar de avances en los Indicativos del Goce Efectivo de Derecho.

Los diversos métodos para registrar los desplazamientos forzados atendiendo las entidades que asumen el tema: Conferencia Episcopal de Colombia, la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado (CODHES), Estado colombiano conforme a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social resultan no coherentes dificultando los diseños e implementación de política pública para las personas en situación de desplazamiento.

El desplazamiento forzado se identifica con una grave afectación al derecho a una vida digna que sintetiza vulneración a derechos fundamentales y exigencia de orden nacional e internacional en el reintegro de derechos humanos acompañados de los principios rectores que orbitan

en torno de personas en situación de desplazamiento forzado. Razón por la cual el Estado colombiano se obliga respetar y garantizar los derechos de la población afectada por esta situación, emanada del conflicto armado interno, social, político y la minería ilegal, además, de situaciones atinentes al medio ambiente.

La Corte Constitucional después de su fallo T 025 de 2004, realiza un seguimiento con la finalidad de establecer el trabajo del Gobierno Nacional encaminado a erradicar las circunstancias que implicaron un Estado de Cosas Inconstitucional profiriendo Autos que constituyen guía y auditoria a la labor del Estado permitiendo mejorar los indicadores del Goce Efectivo de Derechos para personas en situación de desplazamiento, emitiéndose en los últimos tiempos el Auto 634 de fecha 27 de septiembre de 2018

BIBLIOGRAFÍA

ARISTIZÁBAL RAMÍREZ JOSÉ LUIS Y VILLEGAS MURIEL JESSICA ANDREA. *Análisis de la formulación de la política pública de víctimas de desplazamiento forzado en la fase de retorno en Santiago de Cali: El caso del plan integral único (PIU) 2009 – 2010*, Universidad del Valle, 2012

DURÁN GARCÍA DAVID ALFONSO Y J PARRA ALDANA JULIANA INÉS. *Derechos de las Víctimas del desplazamiento forzado: Aportes desde la jurisprudencia y la doctrina*, Colombia, Cedhul, 2007

DYE, T.R. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1984

LINDBLOM CHARLES E. *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid, Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, 1991.

OTÁLORA MORENO FABIO ALBERTO *La política pública de desplazamiento en Colombia. Problemas de medición y magnitud del desplazamiento*, Criterios – Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional Vol. 1 Nro 2 p 137- 159 Julio – diciembre de 2008

MAJONE, Giandomenico. (S/A) *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas, colegio de ciencias políticas Administración Pública*, A.C., Fondo de Cultura económica: México.

MENY, IVES Y THOENING JEAN-CLAUDE. *Las políticas públicas* Política: Barcelona, Ed. Ariel Ciencia, 1992.

SÁNCHEZ-GARZOLI GIMENA *Buscando soluciones duraderas para los desplazados: principios rectores sobre los desplazamientos internos y experiencias internacionales de retorno, reasentamiento y reintegración voluntaria*. Colombia, Acnur, Brookings Institution-SAIS, p. 45-65, 2003.

ZAMORA SERGIO Y CANO LEIDY. *Políticas públicas frente al desplazamiento forzado Valle del Cauca 1998-2003*. Tesis de grado. Universidad del Valle. Estudios políticos y Resolución de Conflictos; Cali, Colombia. Instituto de Educación y Pedagogía, 2009

DOCUMENTOS

VARGAS SILVA, Luis Ernesto. *Reunión de sesiones técnicas regionales sobre coordinación y corresponsabilidad de la nación y entidades territoriales*. Ponencia Magistrado relatoría de la Corte Constitucional en los procesos de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento en Bogotá, Diciembre de 2009 URL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a314-09.htm>. Recuperado en Agosto 2009.

DESPLAZAMIENTO Y POLÍTICAS PÚBLICAS DE RESTABLECIMIENTO EN COLOMBIA [Volumen 1] Memorias del Seminario Internacional ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS EN RESTABLECIMIENTO DE LA POBLACIÓN EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO Bogotá D.C, Acnur 2003

CORTE CONSTITUCIONAL Autos 385 de 2010

CORTE CONSTITUCIONAL Auto 219 de 2011

CORTE CONSTITUCIONAL Auto 373 de 2016

CORTE CONSTITUCIONAL Auto 634 de 2018,



ATIVISMO JUDICIAL E PAPEL SOCIAL DO JUIZ: O JUDICIÁRIO BRASILEIRO ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO¹

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial vem sendo objeto de discussões não somente no campo jurídico, seu campo de manifestação evidente, mas do mesmo modo em outras áreas, especialmente na política e na sociologia, que, neste estudo, será objeto de nossa atenção mais detida.

O juiz como ator ou elemento social não é exatamente um tema recorrente nas pesquisas, sejam no meio acadêmico ou não. Quiçá isso se dê pelo suposto hermetismo do Poder Judiciário Brasileiro, sendo, contudo, quadro que vem experimentando notável modificação nos últimos tempos, especialmente de dez anos para cá.

Os novos juízes, a dinâmica social e política e, de modo notável, a mudança de mentalidade observada nos juízes, tem possibilitado uma abertura maior no estudo de seu papel social.

Aqui procuramos analisar esse papel em conjunto com um outro aspecto importante de atuação do mesmo Judiciário: o ativismo judicial. Visto como fundamental para alguns, eis que possibilitaria acelerar o desenvolvimento da democracia brasileira, fazendo avançar a atuação de nosso Estado e, por outro lado, visto por outros como algo arriscado e que poderia nos levar a uma certa “ditadura dos juízes”, o fato é que o ativismo judicial é tema de grande relevância na atualidade.

Para este estudo, nosso ponto de atenção central foi o STF. A uma, por ser a mais alta corte do país e, a duas, porque sua condição de “guardião da constituição” lhe possibilita exercer de modo muito mais amplo e definitivo o que se poderia classificar como ativismo judicial.

Em conjunto com os dois elementos acima, juiz e ativismo ju-

1 Doutor em Direitos Fundamentais e Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Unicsul, sistema EAD; Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidad Libre de Bogotá, Colômbia; Professor Titular de Direito Público da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP – USCS; advogado atuante em São Paulo. Autor de obras jurídicas.

dicial, adotamos as minorias como uma espécie de pano de fundo, um fio condutor que, a nosso sentir, possibilita antever que futuro pode se descortinar ante o exercício de um ativismo judicial “à brasileira”.

1 - O JUIZ COMO ATOR SOCIAL

O tema a que nos propusemos no presente trabalho se volta de modo direto e incontornável à figura pessoal do juiz, do julgador, aplicando-se ao mesmo os novos critérios de produtividade e presteza como forma de se avaliar merecimento do mesmo julgador no que concerne à sua promoção na carreira.

Ao nos voltarmos para a figura do juiz, somos levados a uma verdadeira instituição presente entre nós desde há muito tempo. Na verdade, o juiz está ligado à busca da própria Justiça e, neste sentido, observa-se que foi ele sofrendo mudanças, modificações, ao longo da história humana, mas seu papel inicial, como aqui consignado, ou seja, a busca do Justo, manteve-se inalterado.

A bíblia nos traz relatos sobre a atuação de personagens protagonistas de grandes feitos, sendo que a estes o verbo julgar é aplicado com amplitude, alcançando até mesmo a ideia de salvação² ou mesmo de julgamento propriamente dito, como na célebre passagem do Rei Salomão cujo critério de julgamento da causa ficou conhecido como *Justiça Salomônica*³.

Ver no rei também a figura do juiz era algo extremamente comum no mundo antigo⁴. Os exemplos bíblicos falam por si, mas também os de outros inúmeros povos como fenícios, etruscos, hindus, dentre outros. Tal disposição permaneceu vigente até boa parte da Idade Média, em que o Rei, o Papa e a Nobreza manifestavam, cada qual a seu modo, o

2 “Os filhos de Israel clamaram ao Senhor, e o Senhor suscitou para eles um salvador, que os salvou; Otniel, filho de Qenaz, irmão mais novo de Caleb. O espírito do Senhor esteve sobre ele e ele julgou Israel. Ele partiu para guerrear, e o Senhor entregou-lhe Kushan-Rishatáim, rei de Aram, e sua mão teve poder contra Kushan-Rishatáim” (Juizes, 3, 9-10).

3 O final da passagem em questão diz que “Israel inteiro ouviu falar do julgamento realizado pelo rei e temeram-no, porquanto viram que havia nele uma sabedoria divina para fazer justiça” (Reis, 3, 28).

4 É conhecido entre nós o apanhado de regras de conduta elaborado pelo antigo Rei Hammurabi. Apenas para fins ilustrativos, veja-se que referido rei efetivamente se postava como um juiz de seus súditos, estabelecendo, dentre outros comandos de conduta, que *se um filho atinge (ou golpeia) seu pai, suas mãos não de ser cortadas* (art. 195 do Código de Hammurabi).

que hoje poderíamos chamar de prestação jurisdicional.

Na Roma e Grécia Antigas é de amplo conhecimento que os valores da família, a moral familiar e os princípios por ela expressos, eram a única fonte de normatização da vida. O juiz, desse modo, era o pai. Especialmente para assuntos afetos exclusivamente à família, *seu juiz era o chefe de família, sentenciando em tribunal por virtude de sua de sua autoridade marital ou paternal, em nome da família e sob a proteção das divindades domésticas*⁵.

Jurisconsultos daquela época afirmavam que “o marido é o juiz de sua mulher; seu poder não sofre limitação; pode o que quer. Se a mulher cometeu qualquer falta, ele pune-a; se bebeu vinho, condena-a; se teve relações com outro homem, mata-a”⁶.

E alguns outros destacavam a própria exclusividade da tutela jurisdicional na figura paterna, vendo nela a única capaz de figurar em qualquer tipo de processo ou procedimento público, afastando aqueles que eram vistos como subordinados ao pai qualquer tipo de pleito ou mesma presença nos tribunais:

É preciso saber que nada pode ceder-se em justiça às pessoas que estão sob o poder de outras, isto é, à mulher, ao filho e ao escravo. Na verdade, desde que estas pessoas não podem possuir coisa alguma, com razão se conclui nada poderem também reivindicar em justiça. Se o vosso filho, submetido ao vosso poder, cometer algum delito, a ação em justiça será contra vós. O delito cometido por um filho na pessoa de seu pai não dá lugar a nenhuma ação em justiça⁷

Do quanto comentamos até este ponto é inclusive interessante se estabelecer o intercruzamento entre o aspecto religioso, o elemento paternal e a ideia de julgar que, por seu turno, adquire também feições ampliadas e nitidamente influenciadas por elementos altamente subjetivos (especialmente moral e religião) alcançando, assim, significações outras como salvar, preservar ou conduzir.

Isso é ainda especialmente importante para situar nosso estudo, a fim de que possamos localizar de maneira mais apropriada a figura do juiz que, exatamente como ocorreu com o próprio direito, surgiu, mas principalmente desenvolveu-se, embebida nitidamente numa aura de religiosidade, de valores morais e de um ideal transcen-

5 COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 96.

6 Catão, o Antigo, *apud* COULANGES, *op. cit.*, p. 96.

7 Gaio, *apud* COULANGES, *op. cit.*, p. 96.

dental bastante pronunciado⁸.

Importante frisar, adicionalmente, que, ainda na Grécia Antiga, não havia, a rigor, juízes no sentido profissional do termo, sendo esta última uma criação recente em nossa história. Mas essa questão não fica estratificada na Grécia ou no mundo antigo. Ainda hoje, na Inglaterra, para se tornar juiz não há necessidade de uma qualificação especial e, ainda que os magistrados possam cursar estudos paralelos, bem como tomar parte em conferências e simpósios, são poucos aqueles que possuem conhecimento jurídico no sentido estrito do termo⁹.

Um estudioso, em trabalho sobre a Justiça Inglesa afirma que esta se caracteriza “*pela autonomia, honradez e capacidade de seus magistrados, bem como pela celeridade. Há mais de dois séculos a Coroa não afasta juízes dos cargos, em razão de desonestidade*”¹⁰.

Podemos ver, assim, a ideia ou conceito exposto aqui sobre essa origem da figura do juiz, tendo em seu nascedouro uma mescla de paternidade e sacerdócio de modo literal, é algo bastante marcante no que se refere à composição dessa personagem social, sendo algo, aliás, cujos efeitos são sentidos até os dias de hoje.

Vemos, portanto, que o Juiz finda por exibir ou pelo menos manifestar em si mesmo uma figura que poderíamos chamar de arquetípica, em que são depositadas pelo *inconsciente coletivo* – terminologia criada por Carl Gustav Jung – certos valores e principalmente expectativas ligadas à função de julgador, de alguém dotado de um poder que, como vimos, é ou seria oriundo dos deuses ou de forças insubordináveis ao homem.

Essas expectativas, que evidentemente sofreram, como a figura

8 Algumas passagens de Coulanges, *op. cit.*, indicam bem esse aspecto de dualidade da figura do magistrado, ou seja, o julgador e o sacerdote; o chefe político e o agente divino: “O magistrado que substituiu o rei foi, como este, sacerdote, ao mesmo tempo que chefe político” (p. 189); “Os gregos tinham um modo especial de designar os magistrados diziam *ohi ei télei*, o que literalmente significa ‘os que são destinados a realizar o sacrifício’, expressão antiga, revelando a idéia que primitivamente se tinha do magistrado. Píndaro, ao referir-se a estes personagens, garante que eles asseguravam a salvação da cidade pelas oferendas feitas ao lar” (p. 190); “Em verdade, quando a sorte, em Atenas, ou os auspícios, em Roma, haviam designado o arconte ou o cônsul, logo se fazia uma espécie de prova através da qual se examinava o mérito do novo eleito. Mas esta mesma prova ainda serve para nos mostrar o que a cidade desejava encontrar no seu magistrado: não se procurava o homem mais corajoso para a guerra, nem o mais hábil ou o mais justo para a paz, mas antes o mais amado dos deuses” (p. 195).

9 PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a alma: reflexos sobre a prestação jurisdicional**. São Paulo: EDPUC, p. 59.

10 SILVEIRA, Alípio. **A justiça inglesa hoje**. in RF 160/409.

do julgador, mudanças ao longo da história humana, guardam em si, sem embargo de tais modificações evolutivas, aspectos primitivos o iniciais como ver no juiz a figura de um pai sábio, de um ente superior detentor de uma visão acima da média social na atividade de julgar seus semelhantes, alguém que, descontados os eventuais excessos que a expressão possa trazer consigo, seria quase que um *ungido*, um escolhido de modo especial e sobre-humano para desempenhar seu ofício.

Se esta constatação de um sentimento paternal, de um sentimento de superioridade, confere um poder especial ao magistrado, mesmo modernamente, devemos nos voltar para seus possíveis efeitos especialmente sobre os próprios juízes. Afinal, esperar sabedoria de alguém que seja de fato sábio, um mestre no sentido filosófico-religioso do termo, é uma situação bem diversa de aguardar essa mesma sabedoria de quem é ou pelo menos se considera, na imensa maioria das vezes, um homem comum.

Pesa sobre o juiz, como decorrência da vivência, da aplicação, do verificar desse arquétipo de que falamos, verdadeiramente uma aura de infalibilidade. Tal qual o dogma católico em favor do Papa, visto assumidamente como pai terreno da Igreja, lança-se sobre o juiz também a carga do julgamento paterno infalível¹¹.

Nem é por outra razão que um conhecido estudioso dos mitos na história humana afirma que *quando um juiz adentra o recinto de um tribunal e todos se levantam não estão se levantando para o indivíduo, mas para a toga que ele veste e para o papel que ele vai desempenhar. As pessoas percebem que estão diante de uma personalidade mitológica*¹².

Como o sentimento mais comum a todos os seres humanos é o da busca de aceitação pelos seus pares, sejam em que grupo social for, vemos que o juiz acaba tomando a forma da *persona* criada para si pela sociedade em decorrência do arquétipo acima mencionado. O juiz conforma-se ou amolda-se a esse modelo buscando sua aceitação social e também dentro da própria magistratura, ou seja, frente aos demais juízes.

No caso do Brasil, de modo mais específico, ainda há que se adicionar o fato de que, a uma, há notória, constante e antiga escassez de

11 Jerome Frank, em sua obra “*Law and modern mind*”, apud PRADO, *op. cit.*, p. 32, afirma que “o desejo de uma excessiva estabilidade jurídica não surge de necessidades práticas, mas de um anseio de algo mítico. É interessante – prossegue – que as pessoas não se espantem com as mudanças jurídicas por via legislativa, mas se assustem com a falta de previsibilidade dos juízes. Afinal, busca-se a segurança no substituto do pai, no Juiz Infalível, o qual vai determinar, de modo seguro, o que é justo e o que é injusto”.

12 CAMPBELL, Joseph e MOYERS, Bill. **O poder do mito**, São Paulo: Palas Athena, 1993, p. 12.

juízes; a duas, o rigor dos exames aplicados aos candidatos à magistratura somado à escassez de vagas, leva os aprovados a terem que lidar com esse especial destaque e os efeitos tal realidade possa ter sobre o exercício de suas funções; a três, é correntio no Brasil a noção advinda do interior do país sobre a autoridade especial do juiz, ao lado do padre e do delegado, uma imagem desdobrada do arquétipo paterno da função julgadora e; a quatro e por fim, lida o juiz com um poder de fato, imediato, palpável, aparentemente sem limites, o poder estatal, cujo exercício gera efeitos sobre as pessoas e a sociedade em geral instantaneamente.

Nesse cadinho, ainda devemos adicionar o comportamento social esperado do juiz e, então, poderemos vislumbrar qual é seu perfil para que possamos analisar com alguma objetividade a interseção ou o intercruzamento entre expectativa e realidade.

Sidnei Agostinho Beneti, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em texto de sua autoria denominado “*Deontologia da linguagem do juiz*”, à página 114, nos dá o seguinte perfil de conduta ou comportamental esperado do juiz:

Além do escrito e da palavra, o Juiz demonstra o estilo por outras exteriorizações da personalidade. O próprio modo de ser, o gesto, o traje, o andar, a voz, o controle pessoal, tudo, a rigor, evidencia o Juiz ao pessoal forense e à sociedade a que serve. E evidencia a todo instante, na Sala de Audiências, no Fórum, na rua, na convivência pública, nas festividades e no lazer, ou mesmo no trato particular, até na intimidade. A família do Juiz, por sua vez, completa o quadro de mensagens mudas providas da personalidade do Juiz, afirmando-lhe ou derruindo-lhe a credibilidade, pelo exemplo da própria casa¹³

Veja-se a interessante observação do autor em foco quando diz que a família do juiz pode *lhe afirmar ou derruir a credibilidade*. Claro,

13 **Curso de Deontologia da Magistratura**, coord. José Renato Nalini, São Paulo: Saraiva, 1992. Na mesma obra nesta nota citada, sob o título **O juiz e suas atribuições funcionais. Introdução à deontologia da Magistratura**, às p. 15, José Renato Nalini pontua o tema da chamada *conduta irrepreensível* exigida do Juiz e, de certa forma, a relativiza: “*Em épocas nem tão remotas, episódios de rotina, como a separação judicial, repercutiam na carreira, prejudicando o juiz. Além da desdita do descasamento, a Instituição lhe impunha um plus aflitivo, de conseqüências mais gravosas do que a mera reprovação social. E o separado, por força da própria condição traumática do insucesso conjugal, muita vez conduz de maneira mais irrepreensível em sua vida privada do que muitos ainda formalmente casados*”.

fica, portanto, que há uma exigência maior sobre os juízes no que se refere ao seu comportamento social, quando o comparamos com a moral ou comportamento médio exigido dos não juízes, dos seres humanos de uma forma geral.

Exibe-se com razoável clareza, assim, a questão da visão arquetípica advinda da sociedade em face de seus juízes, e toda a carga de perfeição, de sabedoria, de paternalidade a eles dirigida, como já comentamos acima.

E neste particular fica a indagação: como se situam ou como se comportam os juízes frente a tal expectativa que, mesmo intuitivamente, sabem gerar? A questão não é simples e nem comporta uma análise exhaustiva nesse estud. Mas, alguns pontos merecem destaque.

As características mais marcantes e mais mencionadas não somente pelos chamados artífices do Direito, como advogados, promotores de justiça e delegados de polícia, mas mesmo pelo público em geral quando se trata de descrever nossos juízes são termos como distanciamento, alienação, rigidez,¹⁴ formalismo e arrogância¹⁵, esta última chamada popularmente de “juizite”, conquanto seja igualmente pacífico o reconhecimento do preparo técnico dos mesmos juízes.

A questão é que o juiz manifesta essas características, mas isso se dá em decorrência de algo, ou, dito de outro modo, são aspectos consequenciais e não causais, muito embora possam existir aspectos pessoais, comportamentais, morais, familiares, dentre outros, específico deste ou daquele juiz. Mas, de todo modo, essas particularidades podem mitigar ou inflar as características acima destacadas, sem, contudo, ter o poder de criá-las ou extingui-las só por si.

Como é aplicado sobre os juízes, em termos comportamentais, um grau de exigência específico superior a um patamar médio, regular ou normal, naturalmente tal situação irá gerar, de algum modo e com graus variáveis, determinadas consequências sobre tal grupo. Podemos mencionar, a esse respeito, afirmação de conceituado autor sobre

14 Ver, a esse respeito, FERREIRA, Verônica A. M. César. *Mudada a imagem, muda-se a realidade*. in “Boletim Juízes para a Democracia”, nº 14, ano 4, 1998, p. 6.

15 “O pedantismo de certos magistrados antipatiza a Justiça, além de manter afastados aqueles que buscam a confiança de uma decisão justa. É deplorável o vírus da ‘juizite’, que, não raro, contamina os neófitos da Magistratura; mais deplorável é o juiz que com anos e anos de judicatura, teima em continuar com esse vírus. Desconhecem a humildade, antídoto contra o risco de se empenhar no jogo perigoso de se alcançar a justiça absoluta, quando a sua decisão, no máximo, poderá aproximar-se de um ideal humanamente possível”. POVOA, José Liberato Costa. **Sua excelência o juiz: um cidadão comum**. in “Revista da OAB/GO 19/37”, ano V, abril-junho/1991, pp. 10-37.

a questão, indicando este que “a exigência legal de uma conduta privada irrepreensível torna o magistrado muito crítico em relação a pessoas com comportamentos flexíveis”¹⁶.

Prossegue ainda o mesmo autor em sua análise, desta feita voltando-se para o formalismo apontado nos juízes, eis que o julgador, “apegado à dogmática do direito objetivo, convence-se das verdades axiomáticas e protege-se na couraça da ordem e da pretensa imparcialidade”¹⁷. E, por fim, conclui:

A parcela de poder a ele confiada e a possibilidade de decidir sobre o destino alheio, tornam-no prepotente: é reverenciado pelos advogados e servidores, temido pelas partes, distante de todos. Considerando-se predestinado e dono do futuro das partes no processo, revela-se desumano, mero técnico eficiente e pouco humilde, esquecido da matéria-prima das demandas: as dores, sofrimentos e tragédias humanas¹⁸

Como o ato de julgar implica em tomar o lugar do outro de algum modo, vemos que a rigidez, o distanciamento e a arrogância ou falta de humildade apontadas acima refletem de modo direto, incontornável e com reflexos evidentes, afinal, no julgamento como um produto final desse processo¹⁹.

Essas características podem ainda ser majoradas ou aumentadas por um outro item a que se faz observação. Ocorre que já há algum tempo se realizaram estudos a fim de demonstrar, por uma outra vertente, o que acima comentamos sobre o recrutamento de juízes sem formação jurídica de um ponto de vista técnico-formal, dando conta que o fundamento de tal postura – como vimos na Inglaterra – se deve ao fato de que

16 Adolph J. Craig. **O abuso do poder na psicoterapia, na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério**. São Paulo: Achiamé, 1979, pp. 99-110, *apud PRADO, op. cit.*, p. 37.

17 Idem, *ibidem*, p. 37.

18 Idem, *ibidem*, p. 37.

19 PRADO, *op. cit.*, p. 62-63, faz interessante análise psicológica sobre a estrutura que comentamos: “Essa situação significa que o juiz torna-se somente juiz, esquecendo-se que tem como possibilidade um réu dentro de si. O ego identifica-se com a persona, fato muito lesivo, porque redundando na ofuscação da consciência por um conteúdo inconsciente. O magistrado tenta ser divino, sem máculas, incidindo, às vezes, na *hybris* (*dêmesure, descomedimento*) de se considerar a própria justiça encarnada (porque só os deuses julgam os mortais, sendo que, na bíblia, os deuses são juízes. Esse fenômeno chama-se *inflação da persona*, que ocorre quando os magistrados de tal forma se identificam com as roupas talaras, que não mais conseguem desvesti-las nas relações familiares ou sociais. A inflação da persona causa fragilidade ou rigidez da psique”.

o ato de julgar seria muito mais ligado a um equilíbrio e bom senso do ser humano posto naquela função, do que a avaliação do preparo técnico daquele indivíduo para tal atividade.

O juiz, na esteira da concepção acima, frente a uma ação judicial que lhe é confiada, primeiro a julga ou avalia como homem, ou, se se quiser, como homem comum. Por esta visão, julga o juiz a causa, portanto, sob o prisma de seus valores morais, éticos, formação familiar, experiência de vida etc., para só então, ou ao depois, traçar um liame entre esse julgamento interno com o arcabouço de disposições normativas encontráveis no sistema jurídico-legal, a fim de obter desse último uma legitimação formal para seu juízo de valor²⁰.

Essa visão poderia ser, de fato, útil para explicar por que o ativismo judicial no Brasil, de um modo geral, é bem aceito pela população e, ao mesmo tempo, é exercido com desenvoltura especialmente pelos integrantes da mais alta corte do país, o STF, o que se pode constatar por alguns julgamentos emblemáticos daquela Corte.

Essa leitura mais esperançosa ou positiva relativamente à atuação dos juízes no âmbito do chamado ativismo judicial, no entanto, pode não conter somente ganhos, vantagens ou benefícios, e neste ponto estamos levando em conta tanto aspectos que atingem o próprio Poder Judiciário como poder estatal e seus integrantes, como a população em relação a qual suas decisões são endereçadas. Cabe, portanto, buscar uma análise mais detida sobre tais pontos, questionando que risco ou riscos poderiam estar aí inseridos.

O exercício da função judicante no ambiente acima desenhado, de maior liberdade e amplidão do julgador no desempenho de suas funções, pode gerar efeitos deletérios ou o que o STF vem fazendo é somente retirar o Estado brasileiro de uma espécie de inércia ou inoperância política, forçando-o a concretizar políticas públicas, notadamente aquelas de cunho social ou inclusivo?

O Supremo Tribunal Federal tem condições, e aqui nos referimos tanto a condições estruturais como a condições de legitimação política e social, para interferir de modo definitivo em questões de fundo político? Construindo a mesma ideia de modo diverso: é papel do Poder Judiciário atuar com abrangência não apenas técnica, mas especialmente política?

Qual, afinal, a medida dessa atuação, digamos, mais elástica ou mais ampla do Supremo Tribunal Federal? Em temas de natureza econômica, por exemplo, seria possível prever um impacto negativo desse tipo de interferência, especialmente quando a questão social é sobreposta à econômica?

20 Karl Llewellyn, *apud* PRADO, op. cit., p. 29.

Buscaremos, por meio de análise a ser feita neste estudo, construir um caminho que possibilite chegar às respostas para as indagações ora formuladas. No tópico seguinte, contudo, nosso alvo analítico é a questão da separação dos poderes estatais, isso com o objetivo de identificar em que extensão e sentido podemos situar o ativismo judicial como fenômeno típico da atividade jurisdicional.

2 - ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

Pela expressão ativismo judicial se buscou e ainda se busca caracterizar aquela conduta de protagonismo adotada pelo Poder Judiciário quanto à consecução, implementação e concreção de políticas públicas ou mesmo princípios e/ou valores estampados, via de regra, na constituição.

Essa ideia, no entanto, deve ser melhor entendida e, inclusive, ver-se inserida na questão da teoria da separação dos poderes estatais, a fim de se evitar juízos superficiais ou apressados quanto aos seus caracteres.

Muito embora tenha se tornado senso comum, a separação dos poderes não é um instituto exatamente de criação de Montesquieu, tal como exposto em sua conhecida obra o “Espírito das Leis”, mas foi ali que a simples ideia de repartição do poder estatal ganhou um tratamento mais detido, mais efetivo e até mais dedicado.

O móvel fundamental da separação ou repartição dos poderes estatais é, como se sabe, a limitação do poder. Sob a fórmula dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*), ou seja, da mútua fiscalização exercida por um poder em relação ao outro, repousa o que parece ser o real motivo de tal concepção: gerar ou obter uma real limitação do poder estatal.

A obra acima destacada é de 1748 e se voltava, como não poderia ser de outro modo, às condições sócio-políticas dadas àquela altura, fundamentalmente ligadas a uma estrutura de um poder absolutista, no que se refere ao campo político, e ainda buscando um rumo em busca da modernidade, relativamente ao campo social.

Montesquieu sabia – ecoando um sentimento que ia se sedimentando naquele momento – que o poder praticamente ilimitado do rei era conclusivamente um incômodo para uma sociedade que aspirava desenvolvimento e principalmente liberdade e, nesta linha conceitual, projetou a repartição desse poder político como forma de se conceber uma nova estrutura política, bem como social. Separar os poderes estatais, assim, surgiu fundamentalmente como forma de se evitar o arbítrio e limitar esses poderes.

Com o advento da Revolução Industrial (1756-1850, *circa*), mas especialmente com as mudanças sociais, econômicas e políticas consolidadas notadamente do início até meados do século XX, o Estado foi chamado a cumprir funções muito mais diversificadas e complexas em relação àquelas observadas no século XVIII, quando surge a teorização da separação dos poderes.

E neste ponto podemos agregar à limitação do poder também a ideia de um ganho administrativo, de um ganho em termos de eficiência para as ações estatais com a adoção da separação dos poderes.

Parece claro, de fato, que a segmentação de atividades, em qualquer estrutura administrativa, tem por consequência a especialização de cada setor ou área em relação as atividades típicas ali desenvolvidas, o que redundará num aprofundamento do *expertise* típico de tais funções, seja em relação ao desenvolvimento de métodos e procedimentos próprios, seja no incremento técnico em si, no avanço tecnológico e de conhecimentos relativamente a tais atividades.

Esse ganho administrativo ganhou especial relevo com a mudança da configuração estatal observada destacadamente na primeira metade do século XX. De um Estado absenteísta e imerso num liberalismo de feição ainda bastante ortodoxa, com, ainda mais, poucas funções a desempenhar, vemos o começo do século passado assistir ao surgimento de um Estado de fisionomia mais social, gradativamente voltado à implementação e proteção de direitos coletivos.

Além desses direitos, o Estado que surge dessa inflexão de forças e de eventos históricos – 1ª Guerra Mundial, Revolução Russa, Constituição Mexicana, Constituição de Weimar – também assume um papel muito mais protagônico na atividade econômica, algo que encontrará uma espécie de síntese na política do *New Deal* de Roosevelt, nos EUA.

Esse “novo” Estado, tal como acima exposto, se vê assim às voltas com muitas outras atividades inexistentes ao tempo da teorização primitiva da separação dos poderes. A limitação do poder segue sendo importante neste contexto, mas o ganho de eficiência em termos administrativos, a obtenção de uma burocracia estatal mais eficiente, é um ponto a ser levado em conta, especialmente quando buscamos uma análise mais contemporânea da repartição do poder estatal.

Outro aspecto de relevo, ainda neste contexto de contemporaneidade, é que os elementos acima destacados, limitação do poder e ganho em eficiência administrativa, são como que inspirados, numa situação ideal, pela ideia de que a separação deve ser fundada e articulada na ideia

de equilíbrio entre os poderes estatais. Equilíbrio e harmonia.

Sai de cena a separação estanque, a noção de compartimentos rigorosamente independentes que, por vezes, lutam para demarcar com a máxima rigidez seus próprios limites, e os limites dos outros poderes, para se adotar uma visão de convívio entre independência e equilíbrio como elementos inerentes a esta segmentação de poderes estatais.

Esta visão, a bem da verdade, nem é exatamente tão contemporânea assim, eis que Carl Schmitt, por exemplo, já a indicava como sendo um elemento vital, anotando que “*a constituição inglesa representada por Montesquieu garante a liberdade dos cidadãos não através da separação dos poderes, mas através do equilíbrio dos poderes*”²¹. E na mesma linha segue Madame de Staël-Holstein²²:

O equilíbrio dos poderes não significa o jogo dos contrapesos, que nada mais seria do que um equilíbrio de forças que originaria um conflito ininterrupto entre os poderes para obter a supremacia. Equilibrar os poderes significa a série de combinações que os leva a encontrar um acordo.

O equilíbrio harmônico defendido pelos doutrinadores destacados, bem de se ver, se encontra previsto em nossa Constituição Federal que não apenas contempla a ideia da repartição de poderes do Estado, mas expressamente defende que esta seja harmoniosa entre os elementos componentes dessa separação (Executivo, Legislativo e Judiciário), sem prejuízo da independência de cada um deles no desempenho de suas funções.

Não é, portanto, exatamente na avaliação estrita e rigorosa do desempenho das funções tidas como típicas de cada poder estatal que se encontra o âmago ou mesmo a necessidade de tal ideia de separação. Nem mesmo na observação detida dos limites de cada poder na articulação das ações que lhe são próprias ou peculiares, mas, ao menos com muito mais força, é no equilíbrio e no convívio harmônico entre tais poderes que está o real foco de interesse de suas repartições.

O contraponto acima se nos afigura relevante, pois, se aos juízes e magistrados de um modo geral recomenda-se cautela na condução da prestação jurisdicional, justamente para se evitar “invasões” sobre procedimentos próprios de outros poderes estatais, não menos certo

21 SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petropolis: Vozes, 1992, p. 85.

22 *Lettres sur les ouvrages et le caractère de Jean-Jacques Rousseau (1788)*, apud SCHMITT, op. cit., p. 86.

é se observar que estes chamados – frequentemente de modo desproporcional e bastante adjetivado – “excessos” ou “abusos” do ativismo judicial, nada mais são que atos perfeitamente normais ou pelo menos aceitáveis no contexto contemporâneo de um Estado de Direito, mais ainda quando à sua natureza jurídica (de direito) se agrega o elemento da democracia (democrático de direito).

Contemporaneamente, às muitas atividades que o Estado passa a desempenhar ou aos muitos atos e procedimentos que lhe são titularizados, ainda devemos agregar o exercício de um papel ativo na concreção de direitos fundamentais, de elementos integrantes da democracia, ou a própria democracia como um todo, mas, de modo vital, na consecução de políticas públicas, especialmente aquelas disposta ou contempladas em normas positivadas.

É precisamente neste último aspecto que se insere, no final, o âmago do que se poder nominar como sendo um verdadeiro ativismo judicial. Como já dissemos, portanto, não é qualquer ato pretensamente heterônomo praticado pelo Poder Judiciário que poderá ser classificado, e no mais das vezes criticado, como sendo a prática do ativismo judicial, mas fundamentalmente aquele que, descolando-se do ato jurisdicional mais ortodoxo ou clássico, visa o atingimento de um alvo político por meio de um julgamento.

Neste contexto, a prestação jurisdicional – especialmente dos tribunais superiores e ainda mais especialmente do Supremo Tribunal Federal – cumpre o papel de dar uma solução definitiva para a lide ali contida, mas, também, e até principalmente em alguns casos, se posiciona como um ator ativo, relevante e eficaz na tarefa de tornar realidade certos valores e princípios públicos contemplados pelo Estado de um modo geral em suas normas.

Surgem algumas questões nesse ponto: por que o Judiciário? Por que os juízes estão tomando para si, ou aceitando sem maiores resistências, este papel de concretizadores de políticas públicas?

Que elemento ou elementos integram a imagem social do juiz que lhe permite atuar desse modo, vale dizer, com maior desenvoltura e por vezes até com excessos no que se refere à sua função pública?

No próximo tópico, buscaremos analisar os elementos contidos nas indagações acima, visando obter o panorama mais fidedigno possível relativamente à dinâmica e ao inter-relacionamento entre tais elementos e, ainda, que resultados podem daí advir.

3 - GANHOS E RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL: O PANORAMA BRASILEIRO

Para esta segunda indagação, o tópico anterior procurou trazer elementos que nos parecem úteis no contexto do tema em tela. A aura de “sabedoria paternal” e de “última instância” presentes nas origens da função do juiz – e ainda presentes nos tempos atuais, como vimos – certamente jogam papel importante na busca desse protagonismo.

No caso do Brasil, mas que não é uma nota característica só sua, exclusiva, ainda devemos agregar o notório desgaste que a política e os políticos vêm sofrendo, especialmente no cotidiano social. Quando ajustamos o foco para a chamada política partidária, esse desgaste ganha contornos de verdadeira aversão por parte do cidadão médio, do chamado homem comum, que vê ali apenas um enorme risco de mácula ao seu nome e à sua reputação, afastando-o, assim, da vida política partidária.

Já a análise da primeira questão acima disposta, nos levará a um contraponto relativamente à análise da segunda questão, tal como acima disposto. Nas recentes manifestações populares, ocorridas em várias cidades brasileiras, movimentando milhares e milhares de pessoas com as mais variadas bandeiras, mas com o desejo comum de um país melhor, não se viu ali qualquer traço de descontentamento mais severo com o Poder Judiciário e seus integrantes.

Aliás, e bem ao contrário, viu-se foi a exaltação de figuras togadas mais conhecidas, como o presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, também relator da ação penal 470, nomeada popularmente de “ação do mensalão”, em cujo bojo encontra-se a condenação de figuras destacadas e tradicionais da política brasileira.

Parece-nos bastante claro que para o cidadão médio, aquele que não tem conhecimento suficiente para analisar a qualidade técnica da decisão ou decisões proferidas no caso destacado, inegavelmente se fez justiça, eis que pessoas inegavelmente influentes foram, ao menos até o momento, condenadas a penas severas, vale dizer, privativas de liberdade. O sentimento generalizado, na média, é de que foi feita justiça. O juiz-pai ou o juiz-referência “colocou a casa em ordem”.

Agregue-se a esse sentimento atávico acima destacado, a conhecida impunidade de nosso sistema jurídico-político. Trata-se de dado concreto e não de máxima jornalística e nem de simples argumentação. A tradição brasileira neste campo é de punir com eficiência, rigor e rapidez determi-

nados crimes, e ainda principalmente um perfil específico de criminoso, sendo que os políticos jamais marcaram presença nesta área, estando inseridos, em verdade e via de regra, num subgrupo cinzento e bastante peculiar, em que as punições não chegam ou, quando chegam, recebem um encaminhamento nitidamente acanhado ou ostensivamente esvaziados.

Neste sentido, o ativismo surgiria como o remédio necessário para estancar esse mal-estar comunitário e promover o saneamento da vida política social da nação. Observa-se, portanto, que há um somatório de pelo menos dois elementos: baixa legitimidade da classe e da atividade política (especialmente política partidária) e alta legitimidade dos juízes perante a sociedade. Dessa soma é que parece resultar um quadro tendente a ver no ativismo algo simplesmente natural ou, pelo menos, claramente necessário.

Obviamente, o tema é controverso. Defendendo uma ampliação maior na atuação dos juízes, Lenio Streck cunhou a expressão “*países de modernidade tardia*”, para se referir àqueles Estados que ainda não completaram toda a travessia democrática – como é o caso do Brasil na visão do citado professor – necessitando tais países, assim, de uma atuação mais vigorosa do Poder Judiciário no sentido de não somente garantir, mas colocar em marcha e velar pela implementação de políticas públicas, notadamente as de caráter social e ainda mais especialmente as de cunho inclusivo.

Aos que cerram fila com a visão do professor Streck se cunhou a expressão “substancialistas”, em oposição aos nominados “procedimentalistas”, focados no respeito ao parlamento como a casa da democracia por excelência, não somente porque seus membros são eleitos pelo voto popular e direto, mas porque as decisões são tomadas por um colegiado muito mais extenso e expressivo, cuja representatividade do povo que o elegeu é inegavelmente maior que a dos integrantes do Poder Judiciário, técnicos de carreira com acesso ao cargo por meio de concurso ou por meio de indicação e posterior aprovação, sem qualquer participação popular (quinto constitucional).

Jürgen Habermas, um dos mais prolíficos pensadores da atualidade, se inscreve no segundo grupo, defendendo que as deliberações sociais, numa real democracia, devem se dar no espaço comunitário democrático, em que o Parlamento ocupa lugar central, cabendo aos juízes aplicar aquele resultado normativo por meio de uma interpretação mais restrita e que não vise inovar de modo modificativo – mesmo inspirado por boas ou nobres intenções – a essência do deliberado e decidido pelos parlamentares.

Vejamos as questões separadamente, tomando a realidade brasileira como referência. Já há algum tempo se identifica no Brasil a adoção de

um presidencialismo nominado por alguns como “*de coalizão*”. Para conseguir alçar o poder, os partidos políticos criam entre si vínculos formais frequentemente marcados pela praticidade e por um viés utilitarista, muito mais do que por uma conjunção de ideários políticos próximos entre si.

Forma-se, então, o chamado “*arco de alianças*”. A questão é que, obtendo sucesso em seu objetivo maior, essa aliança cobra um preço e assim o faz não somente em relação ao governante vitorioso, mas também em relação à dinâmica democrática da sociedade, afetando especialmente o Parlamento.

Do governante, o preço a ser pago é a acomodação dos interesses dos integrantes da aliança que o elegeu em seu governo. Aliás, a aliança, como acima afirmado, é formada já com essa acomodação no horizonte de seus partícipes. O risco aqui é a perda de eficiência das ações governamentais, equívocos administrativos, má gestão, inchaço da máquina estatal, distorções de prioridade e metas, dentre outras patologias políticas.

O Parlamento, contudo, também paga seu preço. Mantendo uma maioria parlamentar sob seus desígnios, o Presidente da República direciona, ao menos em parte, os rumos do Parlamento, literalmente pautando o que deve ser posto em relevo e o que deve ser postergado; que matérias discutir, votar e aprovar, que matérias ignorar; quem será o relator e o presidente dessa ou daquela comissão e quem será o relator e o presidente dessa ou daquela CPI; pode ainda fazer mau uso das Medidas Provisórias, com efeito de “trancamento” de pauta com relação a outros projetos de lei.

Numa situação assim, o Presidente da República passa a praticar quase que atos de império, muito embora assim o faça colocando em risco a eficiência de seu governo. Esclareça-se que isso não se refere exclusivamente ao governo atual, da Presidente Dilma, mas a todos civis surgidos após o final da ditadura militar em 1985.

José Sarney, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luis Inácio Lula da Silva e, como já citado, Dilma Rousseff, viveram e vivem essa experiência, variando apenas a intensidade e a amplitude observadas em cada um de seus governos. A única exceção a esse modelo foi justamente Fernando Collor de Melo, instado a retirar-se da Presidência da República por conta de sua condenação em processo de impeachment e, como prova da importância dessa coalizão de sustentação, foi também o único presidente que não contava com uma maioria parlamentar a lhe apoiar.

Desse cenário de uma democracia praticamente ficcional, em que o embate de ideias não se dá com igualdade de armas e onde a premissa de que as técnicas de persuasão irão prevalecer é amplamente frustrado, nasce o desconsolo da população, algo a redundar numa inevitável crise

de legitimidade generalizada, o que não é nem mesmo algo novo, mas que adquiriu contornos extremos, especialmente com as manifestações populares iniciadas em junho de 2013 e que teve uma espécie de ápice em 7 de setembro de 2013, com milhares e milhares de pessoas indo às ruas para demandar por uma forma de fazer política diferente da que aí está.

Se clara é a desesperança da população com seus governantes e parlamentares, não menos questionável é antever na atuação mais ampla e mesmo mais ilimitada dos juizes e do Poder Judiciário, uma espécie de panacea social. Trata-se de solução em absoluto isenta de riscos. Aliás, com riscos bem evidentes.

A formação de um órgão como o STF não guarda relação direta com os ditames mais elementares da democracia. Seus integrantes são escolhidos por seu notório saber jurídico e reputação ilibada e, conquanto todos sejam previamente sabatinados pelo Senado Federal e ali se indague sobre suas ideias acerca desse ou daquele tema, não há como se afirmar que os ministros da mais alta corte devam somente ali ingressar se demonstrarem detalhadamente que conjunto ideológico pretende levar para a sua atuação ali e nem que isso seja cabal e desabridamente conectado com princípios democráticos.

Há que se ponderar, no entanto, que tal realidade não pode, só por si, ser vista como algo deletério ou falho. Em verdade, o quadro acima pode perfeitamente ser o ideal em termos de concepção de sua existência e funcionamento. Não seria tal órgão, o STF, e seus integrantes, afinal, o contraponto técnico necessário num ambiente democrático? A um ministro do STF não deveria ser endereçado o atendimento de um anseio popular, mas o zelo, a proteção, a promoção, o patrocínio e a defesa dos ditames e princípios elementares de um sistema jurídico-normativo.

Se um julgador integrante do Poder Judiciário, especialmente do STF, for independente, autônomo e decidir de acordo com os ditames do sistema jurídico-normativo em que se encontra inserida a sua função, terá ainda como dever adicional “ser democrático” e atuar de modo a implementar políticas públicas esvaziadas ou tornadas inócuas pelos poderes Executivo e Legislativo?

A resposta a essa questão nos parece vital, pois define que tipo de juiz se deseja. Tradicionalmente, uma decisão judicial pode perfeitamente ser irrepreensível do ponto de vista técnico e mostrar-se ostensivamente impopular. Mas ser impopular não pode tornar ou qualificar uma decisão judicial de antidemocrática.

O caráter técnico de uma decisão judicial é perfeitamente defen-

sável num ambiente democrático, eis que garante ao cidadão a observância de certos princípios constitutivos da sociedade, postos a salvo ou numa situação de não contaminação com relação a pleitos ou anseios democráticos de ocasião, o que é especialmente preocupante quando cotejamos isso, ou essa possibilidade, com o quadro de presidencialismo de coalizão antes referido.

CONCLUSÃO

Certamente o Poder Judiciário tem o seu papel, ou a sua parcela de contribuição, na construção, mas talvez ainda mais na manutenção de um Estado Democrático de Direito. Contudo, é preciso ver esse papel, e especialmente seu eventual alargamento ou aprofundamento *cum grano salis*.

Quando ao juiz é endereçado o atendimento de aspectos não naturalmente integrantes de sua atuação, vale dizer concretizar políticas públicas concebidas por outros poderes estatais, há um risco imenso de que esse mesmo juiz, aceitando essa tarefa, transmute-se em agente político (e não somente agente público) arvorando-se em substituto ou em elemento complementar relativamente a concretização daquela medida.

Neste segundo aspecto, haveria como uma síntese dessa atuação judicante: de modo heterônomo, eis que não escolhido pelo voto popular e nem submetido à avaliação do povo (juízes não cumprem mandato e nem são escolhidos pelo voto popular), estaria esse “novo” juiz tendente a articular uma espécie de “democracia particular”, personalista, construída não no embate de ideias típico do Parlamento, mas limitando-se aos seus próprios valores ou, no máximo, e no caso do STF, à visão e aos valores de apenas outros dez ministros julgadores.

Esse perfil diferenciado de juiz apresentaria ainda um outro aspecto potencialmente danoso. O governante, o integrante do poder Executivo em suas várias dimensões (Presidente da República, Governador de Estado-Membro, Prefeito de Município) é obrigado a lidar, na implementação de suas concepções e projetos, com a vicissitudes próprias de sua atividade.

Tais vicissitudes abrangem um leque amplo. Podem ir desde escassez de recursos, algo bastante comum na realidade brasileira, até percalços com alianças partidárias desfeitas ou expostas a crises internas, passando por falta de apoio popular, atingindo ainda corrupção e má gestão, muitas vezes praticadas sob seu desconhecimento, mas cujos resultados ou problemáticas lhes serão direcionadas com certeza.

A nada disso se submete o juiz ativista no sentido ora exposto. Essa verticalização da atividade jurisdicional, em que o julgador se torna quase que autorreferenciado e, pior, abrangendo elementos não integrantes de sua atividade de modo natural, torna-o ou pode torná-lo senhor absoluto relativamente a uma política de Estado que, por mais louvável que seja ou possa ser, não foi concebida como algo para ser articulado de modo isolado e pessoal, mas de maneira coletiva e sujeita às forças que naturalmente se tracionam num ambiente democrático típico.

E, por fim, o juiz ativista, por poder literalmente tomar para si temas naturais ou originariamente afetos ao Parlamento, desprestigia as funções desse último órgão e, no mínimo, retarda seu aperfeiçoamento. Se o Parlamento se mostra por vezes inoperante – e há casos concretos a isso demonstrar – o Judiciário, ao tomar seu espaço, impede o aprimoramento daquele poder que, por sua vez, tende a acomodar-se em tal situação.

Há, em suma, um risco nada desprezível de que o juiz se torne déspota e se arvora titular de atividades originalmente postas além de suas forças ou simplesmente de sua função estatal. Enquanto decisões “progressistas”; “de vanguarda” ou “concretizadoras” estiverem sendo tomadas, por exemplo, pelo STF, com apoio da população, tudo parece estar muito bem encaminhado.

A questão é que o juiz, o julgador, é um homem suscetível a todos os riscos inerentes a qualquer outro homem que exerça uma função de poder. Se o governante expõe a sociedade a este risco, e bem por isso há claros limites ao exercício de seu poder, o mesmo se dará com o juiz.

Lord Acton dizia que “*o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente*”, mas essa máxima, conquanto voltada a outra época, traz consigo a noção, extremamente importante na configuração do Estado de Direito, da limitação do poder e, vale dizer, *qualquer poder político* e não apenas o poder político do governante ou do parlamentar. E o juiz, à evidência, exerce uma parcela desse poder até porque age em nome do Estado.

REFERÊNCIAS

BENETI, Sidnei Agostinho. **Deontologia da linguagem do juiz.** in “*Curso de Deontologia da Magistratura*”, José Renato Nalini (org.). São Paulo: Saraiva, 1992

CAMPBELL, Joseph e MOYERS, Bill. **O poder do mito.** São Paulo: Palas Athena, 1993.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

CRAIG, Adolph J. Craig. **O abuso do poder na psicoterapia, na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério**. São Paulo: Achiamé, 1979.

FERREIRA, Verônica A. M. César. **Mudada a imagem, muda-se a realidade**. in “*Boletim Juízes para a Democracia*”, nº 14, ano 4, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NALINI, José Renato. **O juiz e suas atribuições funcionais. Introdução à deontologia da Magistratura**. in “*Curso de Deontologia da Magistratura*”, José Renato Nalini (org.). São Paulo: Saraiva, 1992

POVOA, José Liberato Costa. **Sua excelência o juiz: um cidadão comum**. in “*Revista da OAB/GO 19/37*”, ano V, abril-junho/1991.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a anima: reflexos sobre a prestação jurisdicional**. São Paulo: EDPUC, 1999.

RIBEIRO, Maria de Fátima; **FLORY**, Suely Fadul Villbor. **Políticas públicas tributárias, desenvolvimento e crise econômica**. in “*Estado e Crise Econômica: questões relevantes*”, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria de Fátima Ribeiro (org.). São Paulo: Arte e Ciência, 2011.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVEIRA, Alípio. **A justiça inglesa hoje**. in RF 160/409.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O INCENTIVO A AUTOCOMPOSIÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

FABIANA MARION SPENGLER¹

THEOBALDO SPENGLER NETO²

1 - NOTAS INTRODUTÓRIAS

A Constituição Federal de 1988 garantiu o acesso à justiça³ aos hipossuficientes no texto do art. 5º, inciso LXXIV e do art. 134. Décadas se passaram e o Judiciário brasileiro encontra-se em dificuldades para responder a todas as demandas a ele direcionadas.

Essa dificuldade pode ser vislumbrada junto ao Relatório Justiça em Números⁴ de 2018, referente ao ano base de 2017. Neste relatório obser-

- 1 Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da UNISC; Bolsista de Produtividade em Pesquisa (Pq2) do CNPq; líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” certificado pelo CNPq; coordenadora do projeto “O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papéis políticos e sociais, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul, no Edital 02/2017, PqG FAPERGS, Pesquisador Gaúcho, processo nº17/2551-0001169-4; coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; autora de diversos livros e artigos científicos, e-mail: fabiana@unisc.br.
- 2 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000), onde atualmente é professor adjunto. Professor de Direito Processual Civil (Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Procedimentos Especiais), de Mediação e Arbitragem e de Direito Civil - Responsabilidade Civil. Vice-líder do Grupo de Pesquisas “Políticas públicas no tratamento dos conflitos”, certificado ao CNPq, liderado pela Prof^ª. Pós-doutora Fabiana Marion Spengler. Sócio titular do escritório Spengler Advocatio Advogados Associados e de Essere nel Mondo Editora Ltda. Advogado. Consultor jurídico. E-mail: theobaldospengler@spengleradvocatio.com.br.
- 3 Importante referir que o presente texto analisará o acesso à justiça em seu sentido amplo, no qual encontra-se contido o acesso à jurisdição. Sobre esse assunto discorre o primeiro item do texto.
- 4 <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/>

va-se, dentre outras coisas, que a taxa de congestionamento⁵ do Judiciário gira em torno de 70%, ou seja, esse é o percentual médio de processos que passam de um ano para outro sem julgamento. A taxa de congestionamento tem se mantido estável nos últimos anos, não obstante a existência de várias iniciativas⁶ no sentido de melhorar o acesso à justiça e a resposta jurisdicional, especialmente tornando mais célere o processo.

Diante da insuficiente resposta as iniciativas até então propostas, para melhorar o acesso à justiça e efetuar uma prestação jurisdicional adequada, em 2015 entrou em vigor o Código de Processo Civil atual que trouxe, em seu texto, a autocomposição⁷ como meio consensuado e mais célere de lidar com os conflitos, além de caminho para o descongestionamento judicial.

Partindo dessa realidade, o presente texto tem como tema debater o acesso à justiça como direito fundamental e as políticas públicas, aqui mais especificamente a autocomposição, como meio de garanti-lo. O problema de pesquisa que norteou a investigação questiona se a autocomposição prevista no atual CPC é uma política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça no Brasil no pós Constituição de 1988. A hipótese responde de modo afirmativo ao problema de pesquisa.

Do problema de pesquisa nasceu o objetivo: discutir o incentivo à autocomposição enquanto política pública de fomento ao direito fundamental de acesso à justiça e o modo como esse acesso vem se concretizando no Brasil atualmente.

Para cumprir com o objetivo proposto o método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Como método de procedimento foi utilizado o método monográfico e como técnica de pesquisa aplicou-se a bibliográfica.

Primeiramente o texto abordou o conceito de acesso à justiça e os esforços feitos, especialmente depois da Constituição de 1988 e da Emen-

[pj-justica-em-numeros](#), acesso em 13 de março de 2019.

- 5 Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido a existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base (Justiça em Números, 2018, p. 72).
- 6 É possível exemplificar apontando a Emenda Constitucional 45 de 2004, a criação das Metas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a Resolução 125/2010 do CNJ e a Resolução 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT, dentre outras.
- 7 Art. 139, inciso V, art. 165, 166, art. 190, art. 334, art. 515, dentre outros.

da Constitucional 45 (EC/45/2004), para viabilizar esse direito de modo quantitativo, e, principalmente, qualitativamente mais adequado.

Posteriormente, foram debatidos o conceito e a classificação das políticas públicas para no item final analisar a autocomposição como uma delas que tem por meta fomentar o acesso à justiça no período posterior a Constituição de 1988. Nesse item o texto discorre sobre a autocomposição contida no atual CPC brasileiro.

Este é, pois, o texto que agora se apresenta.

2 - O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSAR À JUSTIÇA

Para fins de discutir o acesso à justiça como um direito humano fundamental é importante antes definir tal expressão. Assim, parafraseando Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), pode-se dizer, com simplicidade, que este tema está amplamente ligado ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições. Esta prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de “o mais básico dos Direitos Humanos”. Liga-se, também, à busca de tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos.

Esta preocupação evidencia a permanente procura pela efetividade do direito e da justiça no caso concreto. Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito. É só assim que se estará efetivando⁸ a chamada Justiça Social, expressão da tentativa de adicionar ao Estado de Direito uma dimensão social (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2019).

Persistir em analisar o processo sob a dimensão da efetividade notoriamente restrita seria atender apenas ao seu escopo jurídico e, hoje, essa noção deve englobar a eliminação de insatisfações, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos..., além de constituir inspiração para o exercício e respeito dos direitos e da própria

8 A concepção de efetividade que se pretende trabalhar aqui assume um caráter mais amplo do que aquela desenvolvida por Chiovenda cuja visão, de cunho essencialmente individualista, está ultrapassada, pois [...] na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter (CHIOVENDA, 1930, v. 1. p. 110).

cidadania. Mas, para tal, há a necessidade de adequação do processo, pois o que se tem assistido é o somatório de insatisfações e decepções experimentado pelos indivíduos, o que acaba por abalar e desgastar a credibilidade que o sistema ainda dispõe. Este paulatino descrédito vem firmando raízes a partir e conforme se evidenciam as debilidades e impossibilidades de o mesmo atender a tão complexa tarefa.

Essa adequação será alcançada com uma “mudança de paradigma”, que só será obtida a partir da formação de uma consciência que rompa posturas anteriores marcadas pela introspecção e que passe a considerar o mundo político e social (a realidade da vida) que rodeia o processo.

Esses *pontos vitais* referem-se aos diversos escopos da jurisdição e englobam os problemas essenciais da efetividade do processo (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2019). Assim:

As tradicionais *limitações ao ingresso na justiça, jurídicas ou de fato* (econômicas, sociais), refletem em decepções⁹ para a potencial clientela do Poder Judiciário.

Essas limitações fáticas se referem ao custo do processo e à miserabilidade das pessoas, o que assola a universalidade¹⁰ da tutela jurisdicional, expressa de forma solene pela Constituição, no seu artigo 5º, LXXIV.

As limitações jurídicas também configuram estreitamentos das vias de acesso à Justiça. Refere-se aqui, à *legitimatío ad causam* ativa que, essencialmente individualista, restringe-se a *dar a cada um o que é seu*, sem manter uma visão solidarista, supraindividual, que se caracteriza por tratar o indivíduo como membro integrante de um grupo social e procurar tecer soluções condizentes com os interesses envolvidos (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2019).

Tais limitações, como se pode observar, privam inúmeras pessoas da tutela jurisdicional, o que lhes causa dano substancial, pois quem não vem a juízo ou não pode fazê-lo, renuncia àquilo que aspira ou busca satisfazer suas pretensões por outros meios.

9 É interessante reforçar que o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição se dão não só quanto aos seus aspectos quantitativos (velocidade da prestação jurisdicional), mas também nos seus aspectos qualitativos (por exemplo, o problema da discricionariedade judicial). O problema reside, também, na forma como o juiz decide e não só na celeridade de sua decisão.

10 O princípio da universalidade, aqui falado, fica prejudicado pelo fato de os hipossuficientes, sem condições financeiras para suportar os gastos de um litígio em juízo, ficarem impedidos de levar ao Judiciário suas lides. Também, refere-se à apreensão sentida por todos, em face do investimento que são obrigados a fazer para litigar, sem a certeza dos resultados, o que configura, em relação ao primeiro, um mal a ser eliminado de semelhante dificuldade.

Vencidas as limitações tradicionais e desobstruídas as vias de acesso ao processo, deve-se *viabilizar o acesso à ordem jurídica justa*, que só se concretizará pela observância das garantias constitucionais do *due process of law* e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por outro lado, a eliminação dos litígios deve atender ao critério de Justiça, que figura como objetivo-síntese da jurisdição no plano social ou, do contrário, se teria mera sucessão de arbitrariedades.

Inobstante percorridos os problemas anteriores, o sistema, através de seus operadores, deve estar preparado para *produzir decisões que sejam capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos*. Refere-se aqui, a *utilidade das decisões* (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2019).

Perquirindo sobre as garantias constitucionais do processo, conclui-se que o processo é um fenômeno que atinge alguns dos mais fundamentais “Direitos Humanos” (CAPPELLETI, 1994, p. 13). O direito a um juiz imparcial corresponde à garantia da independência da magistratura diante do poder político, e essa imparcialidade é quanto ao conteúdo da controvérsia, e não quanto ao andamento da relação processual, posto que o juiz deve assegurar o desenvolvimento do processo de maneira regular, rápida e leal, dentro de suas possibilidades.

O *due process of law* ou o devido processo legal e o contraditório processual implicam, obviamente, o direito de ambas as partes serem ouvidas. Aqui, Cappelletti (CAPPELLETI, 1994) aproveita para remeter este princípio ao estudo que se está introduzindo, referindo-se ao acesso à Justiça, *como espelho da cultura de uma época*, pois como diz, “[...] Que princípio é este, se há casos, em que, por razões econômicas, culturais e sociais, a parte não se encontra em condições de se fazer ouvir?” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2019, p. 34) Por outro lado também é necessário questionar: que jurisdição é essa que, quando ouve responde tardiamente a tal ponto de sua resposta/decisão chegar “a destempo” e já não responder de maneira adequada ao conflito social?

Mas, como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão¹¹. É por isso que não

11 “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, consequentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna

basta apenas “garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um *acto de jurisdictio* (CANOTILHO, 2000 p. 243)”.

Consequentemente, essas novas garantias constitucionais vêm para integrar o sentido incluyente que deve ser conferido às normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, erradicar a pobreza, fundar uma sociedade justa e solidária etc., como forma de integrar a nação em um projeto de sociedade comprometida com a dignidade humana que, como escopo do “constitucionalismo social e democrático de direito”, repercute em todos os âmbitos da prestação estatal, seja administrativa ou jurisdicional (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p. 18).

3 - ASPECTOS TEÓRICOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA

Mais que um meio de acesso à justiça, fortalecedor da participação social do cidadão, a autocomposição é política pública que vêm ganhando destaque e fomento do Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário, do CNJ e do legislador brasileiro, uma vez que resta comprovada empiricamente sua eficiência no tratamento de conflitos.

Porém, para classificar e discorrer a respeito da autocomposição enquanto política pública, é importante salientar que a expressão “política pública”¹² é definida como um programa ou quadro de *ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coor-

processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” (CAPPELLETTI, 1988, p. 13).

- 12 No entanto, é interessante diferenciar as expressões “política” de “política pública” uma vez que a primeira significa a “ordenação institucional, segundo recursos de autoridade, dos interesses sociais em disputa, independentemente das fórmulas de competição particulares adotadas em quaisquer que sejam os fundamentos materiais e ideais dos interesses concretos envolvidos”. Já por política pública se entende as “traduções técnico-rationais de soluções específicas do referido jogo de interesses da política” (REIS, 1989, p. 113 – 114). Ainda na busca de diferenciações entre as expressões “política” e “política pública”, avista-se a necessidade de analisar a polissemia de tais termos. Começando por “política” é possível se valer da língua inglesa para demonstrar a dita polissemia. Essa língua traz expressões diferentes para designar os sentidos que as línguas latinas reúnem sob o termo política. Designando a esfera política em contraposição a uma esfera da sociedade civil, usa-se *polity*, enquanto *politics* designa a atividade política e *policies* a ação pública (MULLER; SUREL, 1998, p. 13).

denadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. (BUCCI, 2006, p. 14)

Uma definição “funcional” de política pública é: “a *policy-making* trata fundamentalmente de atores cercados de restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policy goals*) com meios políticos (*policy means*), num processo que pode ser caracterizado como “resolução aplicada de problemas”. Os autores vão além, definindo que identificar os problemas e aplicar (por mais imperfeitas que sejam) as soluções encontradas, envolvem a articulação de objetivos políticos por meio de deliberações e discursos, além do uso de instrumentos políticos (*policy tools*) numa tentativa de atingir esses objetivos (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 5-6).

Para fins de estudar política pública como um processo aplicado a resolução de determinado problema, existem três pontos centrais que podem ser assim resumidos: “a) o agente primário da *policy-making* pública é um agente do governo; b) a *policy-making* envolve uma decisão fundamental por parte dos governos de fazer ou não alguma coisa a respeito de um problema e esta decisão é tomada pelos políticos eleitos e outros funcionários oficiais.” Assim, ela é uma escolha feita no sentido de empreender um determinado curso em ação; “c) a política pública é uma determinação consciente de um governo” (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 6-7).

É possível afirmar (MASSA-ARZABE, 2006, p. 60.) que “a utilização da expressão política pública serve não só para designar a política do Estado, mas a política do público, de todos”¹³. A autora refere que “trata-se da política voltada a fazer avançar os objetivos coletivos de aprimoramento da comunidade e da coesão – ou da interdependência – social”.

Em apertada síntese que envolve as afirmações dos autores antes referidos, João Pedro Schmidt (2018, p. 127) propõe-se a seguinte definição para política pública: “é um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político”.

De fato, toda política pública é uma forma de intervenção nas relações sociais, objetivando enfrentar um problema político, estando sempre condicionada pelos interesses e expectativas dos integrantes de tais relações.

13 Nesse sentido que existem elementos que são comuns nas definições de política pública tais como: a) a política pública é feita em nome do público; b) é geralmente feita ou iniciada pelo governo; c) é interpretada e implementada por atores públicos e privados; d) é o que o governo pretende fazer; e) é o que o governo escolhe não fazer. (DIAS; MATOS, 2012, p. 13 e seguintes)

Por conseguinte, “ela pode ser definida como a busca explícita e racional de um objetivo, graças à alocação adequada de meios que, mediante uma utilização razoável, devem produzir consequências positivas”. (GRAU, 2000, p. 26).

No caso da autocomposição como política pública, observa-se seu papel no cumprimento de um objetivo que é, dentre outras coisas, proporcionar um acesso à justiça adequado e eficiente no tratamento dos conflitos sociais. Necessita para ser implementadas da alocação de meios (recursos humanos, treinamento adequado e estrutura) por parte da administração pública. Nesse sentido, a autocomposição pode ser apontada como uma política pública, uma vez que se trata de um “conjunto de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes”. Tais conjuntos de programas governamentais são identificados com a “distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizam oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos” de modo a assegurar-lhe recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 63).

Além disso, a autocomposição é uma política pública classificada como *política de estado uma vez que* expressa “opções amplamente respaldadas pelas forças políticas e sociais, têm previsão legal e contam com mecanismos e regulamentações para a sua implementação” As *políticas de estado* “atravessam” governos de diferentes concepções ideológicas justamente por estarem entranhadas no aparato estatal e terem ampla legitimação. Caracterizar uma política como sendo “de estado” não é conferir um “qualificativo de excelência ético-política e sim reconhecer que ela reúne condições para se prolongar no tempo. Assim, ao contrário das políticas de governo que “tendem a ser provisórias” as “políticas de estado, duradouras” (SCHMIDT, 2018, p. 127)¹⁴.

Para fins de atingir seus objetivos, as políticas públicas são formuladas mediante um processo que engloba todo o procedimento de discussão, aprovação e implementação das mesmas.

Especialmente nos sistemas democráticos, esses processos desenvolvem-se num cenário político no qual atuam diversos e distintos “atores políticos” (ou “jogadores”, especificamente referindo-se a teoria dos jogos).¹⁵ Entre

14 Conforme pode-se verificar no texto citado esse autor utiliza as expressões “política” e “política pública” no mesmo contexto e como sinônimos.

15 A teoria dos jogos consiste fundamentalmente na definição de um modelo de comportamento “racional” frente a um conflito de interesses ou a um procedimento decisório. Seu estudo oferece subsídios teóricos que demonstram como a análise matemá-

os jogadores que participam desse “jogo” encontram-se atores estatais oficiais e políticos profissionais (presidentes, líderes de partidos, legisladores, juízes, governadores, burocratas), assim como grupos privados, sindicatos, meios de comunicação e outros membros da sociedade civil. Tais atores interagem em diversas “arenas”, que podem ser formais (como o Legislativo), ou informais (“a rua”), e podem ter distintos graus de transparência (STEIN, 2007, p. 17).

A teoria dos ciclos elenca “cinco fases que permitem entender como uma política surge e se desenvolve: (i) percepção e definição do problema; (ii) inserção na agenda política; (iii) formulação; (iv) implementação; e (v) avaliação” (SCHMIDT, 2018, p. 131).

Por isso, é possível afirmar que a fase de formulação de políticas públicas baseia-se em “estudos prévios e em um sistema adequado de informações, definindo-se não só as metas, mas também os recursos e o horizonte temporal da atividade de planejamento” (SILVA; MELO, 2000, p. 14). No caso de políticas públicas voltadas para a sociedade, o processo de sua formulação deve “escutar” o contexto no qual se encontra inserido, buscando informações para a implementação adequada das mesmas.

Além disso, a formulação de políticas públicas enquanto atividade de planejamento sempre leva em consideração o objetivo que pretende atingir, bem como a finalidade almejada. Em se tratando de possibilitar o acesso à justiça e solucionar conflitos sociais, as políticas públicas podem ocorrer paralelas ao Poder Judiciário, ou serem anteriores ao processo judicial. Exemplo aqui é a conciliação/mediação - meios autocompositivos -, que podem acontecer antes ou depois da instauração do processo e, em se alcançando um acordo entre os conflitantes, este poderá ser homologado judicialmente se for objetivo produzir um título executivo judicial.

4 - DA AUTOCOMPOSIÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

A autocomposição enquanto política pública é mecanismo que pretende fomentar o acesso à justiça como direito humano fundamental mais do que simplesmente descongestionar o Judiciário diminuindo o número de demandas que a ele são direcionadas. O que se espera da autocom-

tico-formal pode facilitar a tomada de decisões em grupo. A teoria dos jogos parte do pressuposto racionalista no qual as possibilidades são estabelecidas matematicamente. Ela pressupõe que os objetivos estejam definidos pelos participantes do jogo.

posição, é que contribua para um acesso à justiça mais adequado não só em termos quantitativos (celeridade e descongestionamento), mas também em termos qualitativos (adequação e exequibilidade da resposta jurisdicional).

Observa-se que a autocomposição é um ato volitivo das partes no sentido de resolver o conflito de maneira adequada alcançando o acesso à justiça na condição de “ordem jurídica justa”¹⁶. A autocomposição pode ocorrer por meio da mediação e da conciliação (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016), por exemplo, contando sempre com a participação de um terceiro imparcial que auxiliará nesse procedimento.

Assim, a autocomposição é uma forma autônoma (os titulares do poder de decidir a lide são as partes) de acesso à justiça e à jurisdição para resolver conflitos e atua com melhor eficiência quanto ao comprometimento dos interesses. Baseia-se em fatores persuasivos e consensuais, mediante os quais as partes compõem o litígio, de tal forma que obtêm soluções mais duradouras e exequíveis (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2019).

Fala-se de autocomposição na medida em que os envolvidos no conflito assumem o risco e a responsabilidade da decisão que tomam ao, consensualmente, por-lhe um fim por meio da transação (acordo), desistência (renúncia a direito), submissão (reconhecimento jurídico do pedido), etc.

Assim, o principal efeito da autocomposição “é fazer desaparecer o litígio. Se judicial, dá causa ao fim do processo; se preventiva, evita-o. Os escopos da autocomposição são os mesmos do processo, de natureza jurídica, social e política, tanto em relação aos envolvidos quanto, indiretamente, à sociedade”. (CAHALI, 2015, p. 43)

A principal diferença entre autocomposição e heterocomposição diz respeito ao fato de que, enquanto nos processos heterocompositivos, cujos modelos são chamados adversariais (arbitragem e jurisdição) há sempre vencedores e vencidos (ganha/perde), nos processos autocompositivos de modelos consensuais (negociação, mediação e conciliação) buscam-se as soluções vencedoras (ganha/ganha), observando os interesses de todos. (BACELLAR, 2011).

Dito dessa maneira, e com a expectativa de encontrar respostas adequadas aos conflitos, o objetivo principal da instituição das políticas públicas autocompositivas, ora em comento, é a participação dos conflitantes na busca de um direito fundamental de acesso à justiça cujo resultado atenda seus interesses, preservando o relacionamento prévio e os laços por ventura existentes entre eles. Nesse sentido, reduzir o volume de trabalho e de processos do Judiciário é apenas consequência daquele que é um impor-

16 O primeiro item do texto discorre sobre o tema.

tante resultado para a sociedade: o acesso à justiça de qualidade.

Desse modo, a política pública de autocomposição, no atual CPC (aqui exemplificada pela mediação e pela conciliação) tem previsão de realização no âmbito do Poder Judiciário ou fora dele. Porém, conforme o CPC, deve ser utilizada sempre sob a fiscalização do Judiciário e pretende, dentre outras coisas, promover o direito fundamental de acesso à justiça construindo outra mentalidade junto aos juristas brasileiros cujo escopo principal seja a pacificação social, abandonando a cultura do litígio.

Assim, e conforme o já mencionado, a política pública de autocomposição objetivando fomentar o direito fundamental de acessar à justiça e oferecendo tratamento e resposta adequada (jurisdicional ou acordada entre as partes) ao conflito, apresenta vantagens (NOGUEIRA, 2011, p. 270) especialmente no que diz respeito:

a) ao melhor equacionamento da justiça, mediante a valorização da via pré-processual. Esse é o primeiro passo para o “restabelecimento da função secundária ou residual da jurisdição na solução de controvérsias” (NOGUEIRA, 2011, p. 270). Em resumo, a autocomposição (especialmente aqui a judicial) possibilitaria a aproximação das partes, a reapropriação do litígio pelas mesmas e a hipótese de tratá-lo, mediante o auxílio de um conciliador/mediador, de forma direta, autônoma e responsável, produzindo respostas adequadas e exequíveis.

A principal vantagem nesse momento é a reeducação dos conflitantes, dando a eles a noção de que podem (e devem!) resolver seus conflitos de maneira direta e pacífica, sem a intervenção do Estado, ultrapassando o paradigma da sentença para implementar e consolidar o paradigma do consenso e da efetiva pacificação social. Essa é a forma ideal de acesso à justiça.

b) acesso a uma ordem jurídica justa, que se dará pela disponibilização de vários meios autocompositivos, podendo os conflitantes escolher a que melhor se ajuste ao caso concreto. Na escolha do melhor método, a celeridade e a desburocratização oferecidas devem ser observadas, permitindo aos participantes a posição de protagonistas no processo decisório.

c) qualidade dos serviços, que poderá ser alcançada a partir da exigência de capacitação de todos os envolvidos nos procedimentos, desde a coleta da reclamação até a realização das sessões de mediação e de conciliação. Além disso, a qualidade dos serviços também se evidenciará pela dedicação exclusiva de servidores e magistrados, pela unificação dos procedimentos, pela formação de um quadro único de mediadores

e conciliadores, pelo gerenciamento dos conflitos a partir da adoção de políticas públicas de solução de massa e da aproximação gerencial de demandados e de demandantes.

d) a otimização de recursos do Poder Judiciário especialmente no que se refere ao espaço próprio, utilização de equipamentos de informática e instalações adequadas para o desenvolvimento de todas as atividades, bem como das sessões de mediação ou de conciliação.

Ao Judiciário é atribuída a tarefa de oferecer, nos termos do art. 334 do CPC e do art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, outros mecanismos autocompositivos, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Esta prerrogativa vem reforçada pelo art. 165 do CPC no qual é possível avistar o compromisso dos tribunais em criar centros de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Nesses termos, vislumbra-se um investimento na conscientização da necessidade de qualificar o acesso à justiça, investindo na autocomposição como meio de acessar uma resposta adequada em termos quantitativos e qualitativos objetivando, mais do que a pacificação do litígio pelas vias judiciais, a efetiva pacificação social. O resultado esperado é, também, a construção de uma cultura de autonomia e responsabilização dos litigantes.

Ao criar mecanismos de organização e estruturação da política pública de autocomposição (mediação e conciliação) o CPC também rege, em seu art. 176 caput e especialmente § 3º, o credenciamento, via cadastro, de câmaras privadas de conciliação e mediação para realização das sessões de mediações e conciliações, na forma do art. 334. Essas hipóteses são bem-vindas, porque os parceiros podem vir a resolver um grande problema: a falta de mediadores e conciliadores¹⁷ e o arejamento na elaboração e administração de cursos de capacitação que, distanciados do Judiciário, poderão olhar suas dificuldades com completa isenção.

17 Tal se dá principalmente pelas dúvidas quanto a implementação e o valor da remuneração (determinada também pelo art. 169 do CPC e pelo art. 13 da Lei 13.140/2015) e pelo fato de que os conciliadores e mediadores ficam impedidos de desenvolver suas atividades profissionais em favor dos conflitantes. Diante desse quadro, corre-se o risco de perder os melhores profissionais, aqueles mais habilitados, mais bem treinados e com conhecimento teórico profundo da matéria.

5 - CONCLUSÃO

O congestionamento do judiciário brasileiro aponta para a necessidade de buscar outros caminhos para proporcionar ao cidadão o direito fundamental de acesso à justiça. Além disso, atualmente fica evidenciada a falta de respostas plausíveis, por parte das instituições estatais –dentre elas o Judiciário-, frente às expectativas geradas não só pela criação de novos direitos, mas também perante a realidade econômica e social na qual os conflitos estão inseridos.

O acesso à justiça é direito humano fundamental, previsto na Constituição Brasileira 1988, que gradativamente vem sendo oferecido a população. O fomento aos serviços de justiça gratuita possibilitam a aproximação do cidadão. Porém, muitos entraves ainda existem, dentre eles a falta de celeridade processual.

Tais constatações permitem perceber que o acesso à justiça somente poderá ser dito “efetivo” se oferecer ao cidadão uma resposta adequada ao conflito e em tempo razoável.

Assim, frente às dificuldades de responder aos conflitos sociais de modo adequado, o CPC disciplinou a autocomposição como política pública fomentadora de acesso à justiça. Essa política pública vem sendo implementada também objetivando autonomizar os cidadãos envolvidos no litígio a ponto de alcançarem o consenso de forma conjunta, construindo uma resposta para o litígio que os une.

A autocomposição enquanto política pública de fomento ao direito fundamental de acesso à justiça é uma realidade, especialmente a partir da entrada em vigor do atual CPC. A necessidade da implementação dessa política pública aconteceu especialmente após a Constituição Federal de 1988 que valorizou o acesso à justiça além de garantir uma série de outros direitos. Informada a respeito, a população passou a ingressar com ações para proteger, reivindicar, garantir e assegurar direitos. Trabalhando sob essa delimitação de tema como eixo central o presente texto desenvolveu o objetivo proposto na sua introdução.

Assim, respondendo o problema de pesquisa formulado, é possível afirmar que a autocomposição prevista no atual CPC, é uma política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça no Brasil, especialmente depois dos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: Alternativas à jurisdição*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos. Coimbra: Livraria Almedina – Lael, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas*. Princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL Anthony. *Política Pública, seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral*. Tradução: Francisco G. Heidemann. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In:

Bucci, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MULLER P; SUREL Y. Crises de Politiques et régulations cognitives, *Pôle Sud*, n. °4, 1996, pp. 92-106.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos núcleos permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. In: PELUSO, Antonio César; RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação e mediação: estruturação da Política Pública Judiciária Nacional – CNJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REIS, Elisa Pereira. Políticas e Políticas na Transição Democrática. 1989. *Revista Brasileira*. Rio de Janeiro, fev. 1989.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

SILVA, Pedro Luís Barros; MELO, Marcus André Barreto de. O processo de implantação de políticas públicas no Brasil: características determinantes de avaliação de programas e projetos. In: *Cadernos de pesquisa*, n. 48, Núcleos de Políticas Públicas – NEPP; Unicamp, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion; LÍBIO, L. O Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. In: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. *Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo*. Rio de JANEIRO: Editora FGV, 2016. p. 159-175.

STEIN, E. et. al. (Coord.). A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina: relatório 2006. Banco Interamericano de Desenvolvimento e David Rockefeller Center for Latin America Studies, Harvard University. Tradução: Banco Interamerica de Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Elsevier Washington, DC, 2007.



(IN) SEGURANÇA PÚBLICA: A DESCONTINUIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ADEMIR HENZ¹

1 - INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a segurança pública no Brasil, sua natureza constitucional e o papel do Estado, bem como conceitua políticas públicas, circunstância em que é analisada a descontinuidade de políticas públicas como um dos fatores do atual cenário de insegurança. A partir da análise da segurança pública como um direito fundamental social nota-se que há uma grande demanda por respostas do Estado para as questões da criminalidade, as quais acabam em iniciativas, as quais muitas vezes estão vinculadas a um determinado plano de governo, resultando nas políticas públicas daquele governo e quando ocorre do encerramento desse ciclo governamental também são trocadas as ações/políticas públicas no campo da segurança.

Portanto, a presente pesquisa propõe-se a perseguir uma resposta ao problema central que é: A descontinuidade das políticas públicas no campo da segurança pública pode ser um fator que corrobora com o atual cenário de criminalidade e insegurança?

A metodologia da análise parte da visão geral para a realidade brasileira, em especial, a partir da concepção constitucional ao direito à segurança, do dever de proteção que incumbe ao Estado e a análise da descontinuidade das políticas públicas nessa seara com um dos fatores determinantes dos indicadores de criminalidade e da insegurança no Brasil.

No estudo, aplicar-se-á o método dedutivo, partindo-se de premissas amplas para um conteúdo menos geral. A pesquisa se classifica, quanto ao ponto de vista de sua natureza, como aplicada; quanto à forma de abordagem ao problema, é um estudo qualitativo; em relação aos objetivos, é uma pesquisa exploratória; no tocante aos procedimentos técnicos, é um estudo bibliográfico.

A presente pesquisa inicialmente fará breves apontamentos sobre os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, analisando

1 Mestre em Direito – FMP, Mestre em ciências policiais, ênfase investigação criminal - ISCPsi - LISBOA, Bacharel em Ciências Militares - área defesa social - APM, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e bacharel/licenciatura em filosofia - PUCRS.

o direito à segurança e o dever de proteção que incumbe ao Estado. Além disso, buscará identificar o cenário da segurança pública no Brasil e especialmente no Rio Grande do Sul, essencialmente quanto aos resultados da criminalidade e o custo. Partindo dessa premissa será identificada a política pública e um especialmente a descontinuidade delas, verificando os seus reflexos na área da segurança pública.

2 – BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIREITO À SEGURANÇA E O DEVER DE PROTEÇÃO

A análise conceitual dos direitos fundamentais remete a categorização deles como aqueles direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, que estão assegurados no texto constitucional. Em suma, são postulados mínimos assegurados aos indivíduos, que garantem a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança, bem como outros direitos necessário para uma vida digna.

Frisa-se que o estabelecimento dos direitos fundamentais sofre a influência do contexto histórico-cultural da sociedade, tendo variação quando ao seu estabelecimento e aplicação, observadas as peculiaridades históricas e culturais de cada nação.

A teoria dos direitos fundamentais individuais tradicionalmente é conhecida pela proposta do liberalismo, em que se prega um caráter negativo destes direitos, ou seja, o Estado os satisfaz por abster-se, por não atuar. Por exemplo, o direito à liberdade, à vida, à propriedade, devem ser preservados mediante uma não intervenção estatal. Sob esta perspectiva há uma repartição de competências entre o Estado e o indivíduo, em que o Estado acaba não intervindo na esfera individual.

No começo os direitos fundamentais eram compreendidos como direitos de defesa (*Abwehrrechte*), o que era identificado como uma dimensão de competências negativas do Poder Público (*negative Kompetenzestimmung*), visando essencialmente a proteção do direito à liberdade, dentro das premissas do modelo político e econômico reconhecido por aquele Estado. Aos direitos de defesa foram-se acrescentando outros direitos, em especial, os que exigem uma atuação do Estados, os chamados direitos prestacionais (*Leistungsrechte*), baseados nas necessidades decorrente do Estado que se convencionou chamar de Estado Social de Direito (MENDES, 1999, p. 37).

Inicialmente os direitos fundamentais eram concebidos sob a ótica subjetiva, ou seja, tratava-se de uma limitação da atuação do poder estatal, conforme leciona o professor Jorge Miranda (1993, p. 7): “Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas (...) assentes na Constituição”. Esta pode ser dividida em formal e material. Em relação à primeira, pode-se identificar aquele direito fundamental fixado no próprio texto da Constituição. Enquanto que a concepção material amplia o espectro dos direitos fundamentais para além do texto normativo, resultando da “concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico colectivo” (MIRANDA, 1993, p. 8-10). Portanto, a enumeração constitucional, não exaure o rol de direitos fundamentais.

No passado os direitos fundamentais eram concebidos no intuito de proteger os indivíduos da ação do próprio Estado, mas com o passar do tempo, em especial, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, na análise do caso *Lüth*, houve a compreensão de que eles também têm uma carga de proteção do indivíduo contra outros indivíduos e/ou grupos de indivíduos.

Neste sentido, os direitos fundamentais possuem duplo caráter, ou seja, são direitos subjetivos e objetivos. A dimensão subjetiva reporta-se ao particular, constituindo “direitos de defesa” (HESSE, 1998, p. 235) contra os poderes estatais. Tal se verifica, por exemplo, na liberdade de expressão, conforme disposto no art. 5º, IX, da Constituição pátria. Enquanto que a dimensão objetiva está atrelada a ideia de uma ação propositiva do ente estatal, uma ação visando a promoção do direito fundamental, determinando os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatais, pelo que se pode citar a promoção da segurança, da saúde, entre outros que estão preconizados no artigo art. 6º da Constituição Federal.

No tocante aos direitos fundamentais há um variado espectro de garantias, seja na esfera normativa, seja na esfera jurisdicional, as quais visam proteger o indivíduo e preservar sua integridade frente a qualquer forma de violação dos seus direitos e/ou agressão. Portanto, no Brasil, na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, §1º, foi que terão aplicação imediata as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Em relação a aplicação imediata dos direitos fundamentais tem-se duas características, quais sejam, a *justiciabilidade* e a aplicabilidade direta, garantindo uma tutela judicial efetiva aos direitos fundamentais.

Acerca da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais Luciano Feldens (2012, 39-40) leciona:

A justiciabilidade é característica inerente a todos os direitos subjetivos, fundamentais ou não, consistindo na garantia do titular do direito de ver afastada, na via judicial, a restrição imposta ao seu exercício. Apenas por exemplo, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, tem direito à imediata proteção judicial, por meio do habeas corpus (art. 5º, inc. LXVIII, CF).

Logo, no tocante ao caráter subjetivo dos direitos fundamentais tem a aplicabilidade direta, o que indica que eles podem ser reivindicados perante o Poder Judiciário sem a necessidade de uma mediação ou intervenção legislativa. Portanto, pode-se afirmar a característica jurídico-positivo e não meramente programática dos preceitos relacionados aos direitos, liberdades e garantias, circunstância que permite dizer que esses concebidos como fundamentais tem juridicidade reforçada, e que não só existência jurídica por força da lei (FELDENS, 2012, p. 40).

Em relação a dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode-se dizer que ela se destina a organizar uma atividade que tenha influência coletiva, funcionando como programa diretor para a realização constitucional (BARROS, 2003, p. 132-134). Ademais, acerca do caráter objetivo dos direitos fundamentais CANOTILHO (1992, p. 544), sustenta que, “uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto”. Como elementos da ordem jurídica da coletividade, as normas determinam “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento” das tarefas estatais (HESSE, 1998, p. 241).

A partir da evolução dogmática constitucional dos direitos fundamentais, o que proporcionou avanços em relação a dimensão subjetiva e objetiva, expandindo sua força garantista para além do abstencionismo estatal, exigindo do próprio Estado uma atuação proativa, ou seja, uma ação no sentido de promover a efetivação destes direitos (MARTINS, 2005, p. 81). Dessa forma, o Estado detentor do monopólio da força passa a ter uma dupla função em relação aos direitos fundamentais, quando ocorrerem os contra ataques e/ou ameaças do indivíduo ou terceiros, quais sejam: 1º) não devem apenas respeitar os direitos fundamentais (perspectiva negativa); 2º) também deve promovê-los e protegê-los (perspectiva positiva); portanto, essa dupla face dos direitos fundamentais atribuída ao Estado é o retrato da multifuncionalidade, agora vistos não apenas como direitos de defesa (resistência, contra o Estado), mas, também, como imperativos de tutela (exigência de proteção, por meio do

Estado) (FELDENS, 2012, p. 44).

Apesar do Estado ter um dever de não intervir nas liberdades públicas, um dever de abstenção, atualmente, estes direitos exigem uma ação ativa do Estado assegurando o efetivo exercício deles. Nesta senda, há uma previsão expressa, na Constituição Federal do direito à segurança, bem como outros direitos fundamentais, os quais requerem uma garantia por parte do Poder Estatal, o que ocorre por intermédio das políticas públicas e ações governamentais.

Assim sendo, far-se-á uma análise, de modo geral, da variação da criminalidade no Brasil e no Rio Grande do Sul, no intuito de identificar a eficiência das medidas implementadas pelo Estado.

3 - VARIAÇÃO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL E NO RIO GRANDE DO SUL

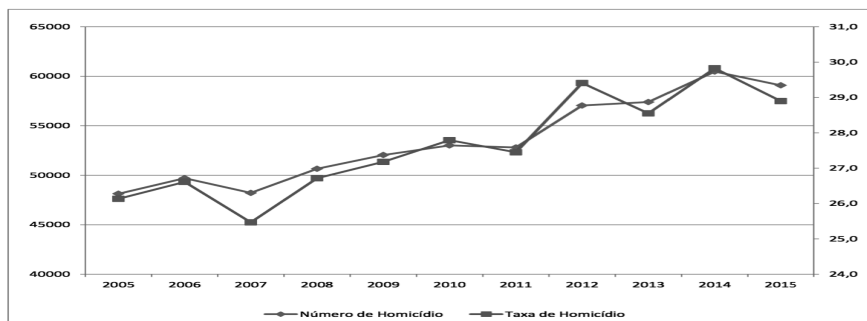
Em relação ao indicador da variação da criminalidade serão analisados os delitos de maior impacto, tais como homicídios, e alguns outros delitos violentos, os quais acabam influenciando mais o comportamento das pessoas. Ao analisar os indicadores da criminalidade, especialmente de homicídios, constata-se que o Brasil aparece entre os 10% de países com maiores taxas do mundo. Apesar de o país ter uma população equivalente a 3% da população mundial, ele concentra cerca de 14% dos homicídios do mundo, apresentando, assim, taxas de homicídios semelhantes às de Ruanda, da República Dominicana, da África do Sul e da República Democrática do Congo, segundo dados do relatório conjuntura nº4, sobre os custos econômicos da criminalidade no Brasil (BRASIL, 2017).

De acordo com o Atlas da violência do Brasil (IPEA, 2018), analisando o Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde, em 2015 houve 59.080 homicídios no Brasil, indicando uma taxa de 28,9 homicídios por 100 mil habitantes. Este número de homicídios consolida uma mudança de patamar nesse indicador (na ordem de 59 a 60 mil casos por ano), e se distancia das 48 mil a 50 mil mortes ocorridas entre 2005 e 2007. No Brasil houve uma elevação do número de mortes em dados absolutos e, conseqüentemente, uma variação da taxa por 100 mil, colocando o país no cenário de um dos países mais violentos do mundo e, principalmente, da América Latina.

Na Figura 1 é possível identificar a variação do número e da taxa de homicídios no Brasil, ficando clara uma ineficiência da política criminal na prevenção dos delitos.

Figura 1 - Homicídios no Brasil entre 2005 e 2015

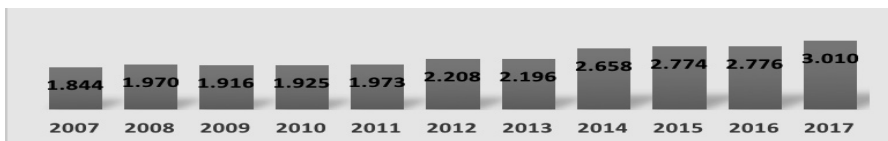
Gráfico 1.1 Homicídio no Brasil, 2005 a 2015



Fonte: BRASIL ([201-]) e FÓRUM (2018, p. 7).

A seguir são apresentados os indicadores da criminalidade do Rio Grande do Sul, disponíveis na Secretaria de Segurança Pública, e a variação nos últimos 10 anos fechados. O primeiro indicador de criminalidade é o crime violento letal intencional, que engloba o homicídio doloso e todos os roubos seguidos de morte. A Figura 2 destaca os delitos com o resultado morte.

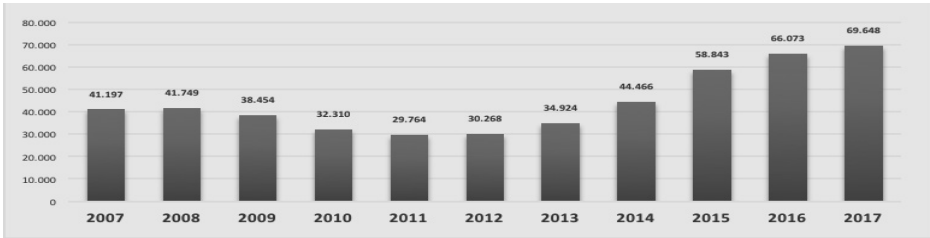
Figura 2 - Crimes violentos letais intencionais



Fonte: Adaptado de SSP (2018).

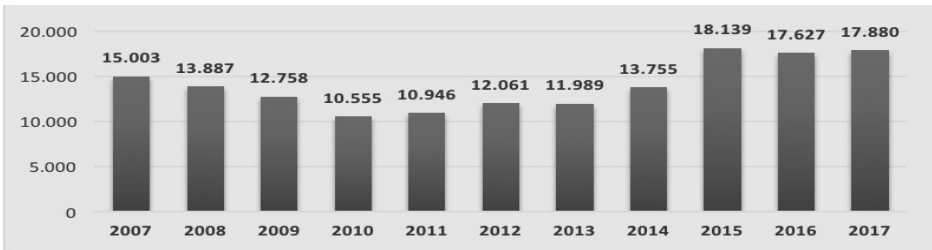
As Figuras 3, 4, 5 e 6 apresentam gráficos que demonstram a quantidade de delitos contra o patrimônio no Rio Grande do Sul entre os anos de 2007 e 2017.

Figura 3 - Roubo a pedestre



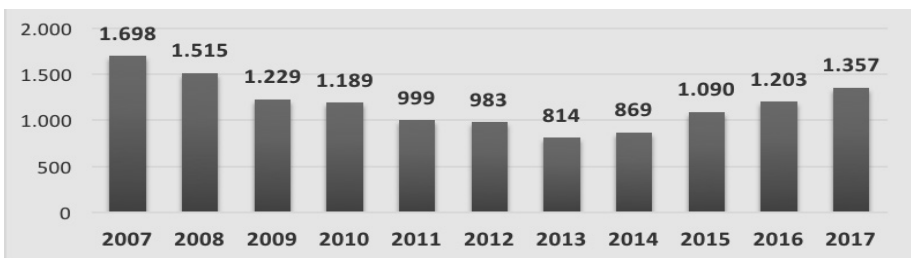
Fonte: Adaptado de SSP (2018).

Figura 4 - Roubo de veículo



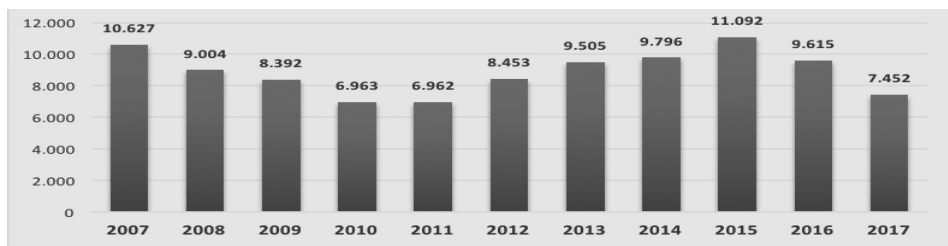
Fonte: Adaptado de SSP (2018).

Figura 5 - Roubo de carga



Fonte: Adaptado de SSP (2018).

Figura 6 – Roubo a estabelecimento comercial, financeiro e de ensino



Fonte: Adaptado de SSP (2018).

Diante da análise dos dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul é possível constatar um aumento significativo dos crimes violentos letais intencionais e um crescimento acentuado em quase todos os roubos, exceto roubos a estabelecimentos comerciais, de ensino e financeiros, que estão em viés de baixa desde 2015.

O crescimento da violência no Brasil, inclusive no Rio Grande do Sul, sob a ótica do aumento do número de homicídios e demais delitos analisados, pode ser um indicativo da falta de políticas públicas adequadas, da falha na prevenção criminal e/ou outros indicadores, bem como da falha no próprio sistema policial, razão pela qual não se pode afirmar que o modelo de polícia é o fator central do aumento da criminalidade, mas pode ser um deles.

Todavia, para analisar, de forma adequada, a eficiência do sistema policial e das políticas públicas faz-se necessário verificar o índice de apuração dos delitos, o prazo e, ainda, a quantidade de pessoas que efetivamente são denunciadas, pois a criminalidade é um fenômeno complexo e a efetividade das instituições policiais não pode ser medida exclusivamente pela variação dos indicadores criminais. Porém, faz-se necessário alertar que há indicativos de que a atual estrutura policial não está funcionando de forma adequada pela elevação dos indicadores criminais, pois aquela não consegue prevenir de forma efetiva e/ou não consegue reprimir de forma eficiente, seja na qualidade e/ou na quantidade, a criminalidade.

3.1 - INVESTIGAÇÃO E ELUCIDAÇÃO DOS DELITOS NO BRASIL E NO RIO GRANDE DO SUL

Nesta seção analisar-se-á a eficiência da polícia sob a ótica da quantidade de procedimentos investigativos instaurados e quantos resultam em elucidação dos fatos, servindo de base para o oferecimento da ação penal.

No Brasil, diferentemente de outros países, a taxa de elucidação dos delitos violentos é muito baixa e, ainda, há uma baixa abertura de procedimentos investigatórios, fato que por si só demonstra um descompasso com os princípios constitucionais, principalmente com o da eficiência. Para ilustrar a baixa efetividade do sistema policial brasileiro, apresentam-se os dados de elucidação dos delitos contra a vida no Estado de São Paulo, em que a taxa de instauração de inquéritos policiais para os delitos mais graves não passa dos 21% no primeiro semestre de 2015 e 2016, conforme gráfico elaborado pelo Instituto Sou da Paz (2017).

Quadro 1 – Taxa de instauração de inquéritos de crimes violentos por região

REGIÃO	Período	Crimes Violentos	Inquéritos de Crimes Violentos	Taxa de Instauração
CAPITAL	1º SEM 2015	97.389	6.637	6,8%
	1º SEM 2016	98.147	6.567	6,7%
GRANDE SÃO PAULO	1º SEM 2015	47.623	4.692	9,9%
	1º SEM 2016	51.022	4.360	8,5%
INTERIOR	1º SEM 2015	52.844	10.802	20,4%
	1º SEM 2016	56.167	11.295	20,1%

Fonte: Instituto Sou da Paz (2017).

Diante da análise dos dados citados é possível perceber a deficiência do atual sistema policial, pois, se a taxa de instauração dos inquéritos policiais quanto aos delitos violentos é baixíssima, não restam dúvidas de que há um elevado índice de impunidade devido à falta de apuração e aplicação da lei penal. Outro aspecto é que se em relação aos delitos violentos há baixa taxa de instauração de inquéritos, certamente, em relação aos delitos não violentos as taxas devem ser ainda menores.

Para termos uma amostragem mais ampla desse indicador de eficiência do sistema policial brasileiro, especialmente quanto à instauração e à taxa de elucidação dos inquéritos policiais, seguem os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2011, quando

este fez uma força tarefa e identificou que havia um passivo de inquérito acumulado e que não eram instaurados.

Na ocasião foi identificado que havia 47.177 inquéritos de homicídios abertos até dezembro de 2007, sendo que até novembro de 2016 foram concluídas 30.060 investigações, restando ainda 17.117 inquéritos em andamento. Entre os concluídos, 96% foram arquivados e somente 4% resultaram em denúncias à Justiça. Nota-se que a taxa de elucidação em relação ao delito mais grave, ou seja, contra a vida é muito baixa e que apenas 4% dessas investigações resultaram em ações penais, as quais não são garantia de condenação. Portanto, não há dúvidas de que o sistema policial brasileiro, na sua atual concepção, está dotado de procedimentos ineficientes, violando o princípio constitucional da eficiência (CNMP, 2011).

Segundo Shuenquener, responsável pelo inqueritômetro do CNMP,

[...] o Brasil está numa posição muito ruim em matéria de elucidação de homicídios, pois aproximadamente apenas 5% dos homicídios ocorridos no país geram uma denúncia, o que não é certeza da punição e sim, apenas do ato inicial do Ministério Público para que o tema seja processado na Justiça. (CNMP, 2011).

Os dados da Secretaria de Segurança do Rio Grande do Sul corroboram com as pesquisas indicadas e demonstram que o número de inquéritos instaurados por ano no estado é muito inferior ao número de delitos, assim como a taxa de remessa de inquérito com elucidação também é muito inferior ao patamar de outros países. Além disso, serão apresentados os dados do Ministério Público quanto ao oferecimento de denúncias, requisição de diligências ou arquivamento, conforme consta no Quadro 2.

Quadro 2 – Dados sobre oferecimento de denúncias, requisição de diligências ou arquivamento no Rio Grande do Sul

Dados da Polícia Civil do Rio Grande do Sul			
Rio Grande do Sul	2015	2016	2017
OCORRÊNCIAS CRIMINAIS	758.967	713.749	715.054
IPs INSTAURADOS	217.979	229.702	219.677
IPs REMETIDOS	178.907	179.428	224.697
IPs REMETIDOS COM ELUCIDAÇÃO	128.875	131.308	151.316
FLAGRANTES ELABORADOS	23.480	22.192	22.720
Percentual de instauração em relação ao total de ocorrências	27,7%	31,2%	29,7%
Percentual de elucidação	38,8%	36,6%	48,5%
TAXA DE ELUCIDAÇÃO DECORRENTE DE FLAGRANTES	18,2%	16,9%	15,5%
Dados do Ministério Público do Rio Grande do Sul			
Rio Grande do Sul	2015	2016	2017
Inquéritos recebidos	166.903	174.025	191.932
Diligências Solicitadas	122.413	122.454	127.249
Promoções de Arquivamento	148.699	152.863	161.887
Denúncias Oferecidas (envolve investigação da PC, MPE, e outros órgãos)	76.535	74.321	73.744
Percentual de inquéritos que são arquivados	92,3%	96,0%	84,4%
Percentual de diligências solicitadas	67%	67%	56%

Fonte: Adaptado de RIO GRANDE DO SUL ([20-]a; [20-]b).

De acordo com os dados disponibilizados, é possível afirmar que no Rio Grande do Sul, nos anos de 2015, 2016 e 2017 as taxas de inquéritos policiais com indicativo de elucidação foram de 38,8%, 36,6% e 48,5%, respectivamente. Porém, ao analisar-se o resultado final, o titular da ação penal, no mesmo período, pediu o arquivamento de 92,3% destas em 2015, 96% em 2016 e 84,4% em 2017, ao considerar-se o número de inquéritos policiais recebidos. Também é possível constar que, em relação ao número de inquéritos policiais recebidos, o titular da ação penal solicita um elevado percentual de diligência, o qual é superior a 55% nos três anos.

Portanto, diante dos fatos apresentados em âmbito nacional e, especialmente, em âmbito estadual, é possível afirmar que o sistema policial, em particular e no tocante a investigações criminais, tem demonstrado

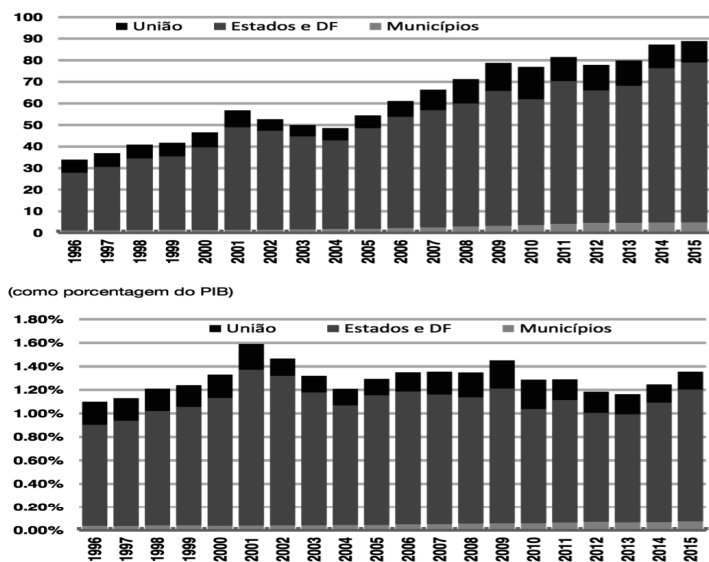
uma ineficiência, fato que contraria diametralmente a nova ordem constitucional, a qual é regida pelo princípio da eficiência e economicidade.

3.2 - ESTIMATIVAS DE CUSTOS ECONÔMICOS DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

Outro aspecto fundamental para a análise do sistema policial brasileiro, das políticas públicas de segurança pública e especialmente, do direito fundamental à segurança é o do custo econômico da criminalidade e a variação do investimento do poder público e privado.

Na Figura 7, vê-se claramente o aumento dos gastos públicos com segurança pública no cenário nacional. No mesmo sentido, com o fenômeno da criminalidade, ocorreu um aumento, o que demonstra uma ineficiência do sistema policial e das políticas públicas que vêm sendo adotadas ao longo dos últimos anos, especialmente no período analisado. Na presente pesquisa, far-se-á uma análise, exclusivamente, quanto ao sistema policial brasileiro.

Figura 7 – Gastos do Brasil com segurança pública entre 1996 e 2015



Fonte: BRASIL, 2018.

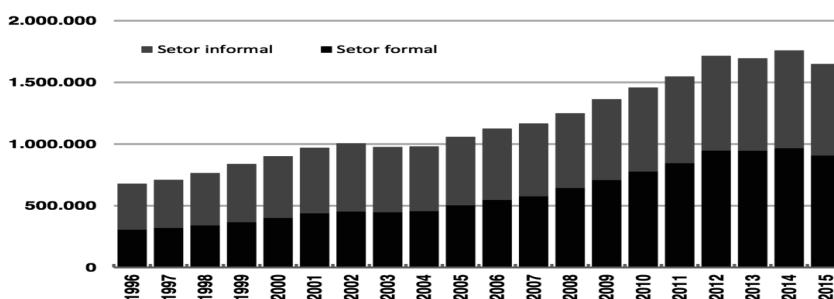
Nota-se que houve um aumento do investimento em valor absolutos, mas não houve um aumento se for considerado que o PIB (produto

interno bruto) variou entre 1,2 e 1,6% no ano de 2001. Percebe-se um aumento do investimento na área da segurança pública em número absoluto e, mesmo assim, os indicadores criminais continuaram crescendo, o que demonstra a ineficiência da política pública implementada na última década, visto que os resultados não melhoraram. Outro fator que corrobora com a constatação da ineficiência do Estado brasileiro frente à criminalidade é o aumento do investimento da iniciativa privada em medidas de segurança, especialmente o incremento de investimento em segurança privada.

A partir da análise de dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), estimam-se os gastos com segurança privada, censo anual do mercado de trabalho formal organizado pelo Ministério do Trabalho. A RAIS informa o salário médio de todos os trabalhadores do setor formal, sendo possível extrair informações daquelas empresas que têm como atividade econômica a segurança privada. Aos salários pagos a esses trabalhadores foi agregada uma estimativa para custos trabalhistas. Posteriormente, dados de formalização extraídos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios e diferenças salariais entre os setores formal e informal para também estimar os gastos deste foram utilizados (ver apêndice metodológico para detalhes).

O número total de trabalhadores em segurança privada aumentou aproximadamente 142% entre 1996 e 2016, subindo de 680 mil para 1.65 milhão. Em 1996, havia aproximadamente 306 mil trabalhadores no setor formal e 372 mil no setor informal. Em 2015, esses números aumentaram para 906 mil e 742 mil, respectivamente, conforme destaca a Figura 9:

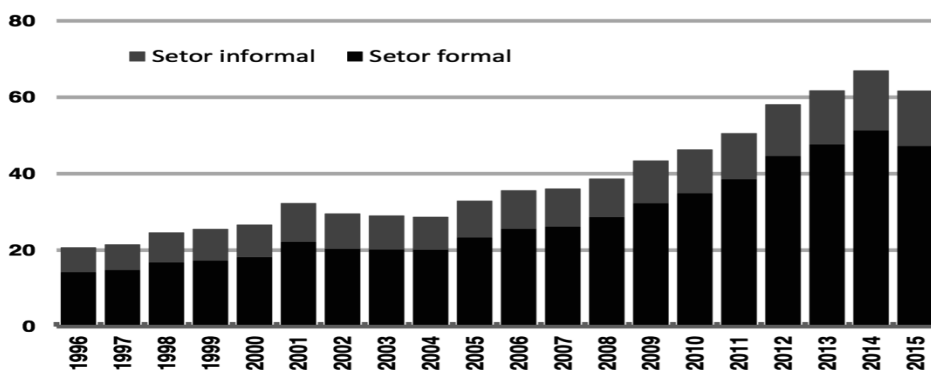
Figura 8 – Trabalhadores do Brasil em segurança privada entre 1996 e 2015



Fonte: BRASIL, 2018.

Assim sendo, houve um aumento substancial de gastos reais com segurança privada no período entre 1996 e 2015, triplicando de cerca de 20 bilhões de reais para 60 bilhões de reais. Entretanto, tal fenômeno não se deu nos gastos com segurança pública, que se mantiveram relativamente constantes em relação ao PIB do período. Em 1996, gastava-se 0,67% do PIB com segurança privada. Em 2015, essa proporção tinha aumentado para 0,94%, conforme apresenta a Figura 10.

Figura 9 – Gastos do Brasil com segurança privada entre 1996 e 2015



Fonte: BRASIL, 2018.

Tais dados evidenciam a ineficiência do poder público e, por essa razão, a iniciativa privada vê-se forçada a implementar medidas de segurança, visto que prevalece o aumento da criminalidade e a ineficiência do Estado frente ao aumento da criminalidade.

Ademais, por toda a análise dos fatores elencados, pode-se concluir que o modelo policial utilizado no Brasil é ineficiente frente à criminalidade e trata-se de uma exceção quanto aos modelos policiais, utilizando, a maioria dos países, o modelo de polícia integral ou de ciclo completo, o qual defende que cada instituição policial é responsável por todas as fases do poder de polícia dos delitos de sua atribuição legal, o que as torna mais efetivas no desempenho de suas funções legalmente constituídas.

Por fim, sustentar que um sistema policial é ineficiente em decorrência do aumento da criminalidade pode ser uma premissa equivocada e que certamente levaria a uma conclusão incorreta, visto que a criminalidade, conforme é estudada pela criminologia, trata-se de um fenômeno muito complexo e de difícil solução. Entretanto os indicadores analisados, especial-

mente a capacidade do sistema policial em auxiliar na repressão criminal e indicar os autores dos delitos, são fatores determinantes para sustentar a eficiência ou não. Logo, ante a análise dessas variáveis é possível afirmar que o atual modelo brasileiro se tem demonstrado ineficiente frente aos desafios da criminalidade e merece ser reformulado, bem como as políticas públicas ora implementadas não tem conseguido resultados satisfatórios.

Na próxima subseção far-se-á uma análise especificamente das políticas públicas e a descontinuidade delas com um possível fator determinante do atual cenário de insegurança do Brasil.

4 – POLÍTICAS PÚBLICAS: DESCONTINUIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CENÁRIO DA CRIMINALIDADE E INSEGURANÇA NO BRASIL

Com a concepção do Estado Democrático de Direito e a afirmação dos direitos fundamentais, e à medida que foram surgindo, tiveram como papel essencial, restringir e limitar o poder estatal, sendo identificadas como liberdades públicas. Entretanto, na sociedade contemporânea, especialmente nos Estados constitucionais, os direitos fundamentais passaram a ter uma atribuição de dever de proteção, em que o Estado passa a ter a atribuição de adotar medidas para a efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais, inclusive no que tange à segurança. Porém, frente aos dados demonstrados, nota-se uma total ineficiência do sistema policial brasileiro e das políticas públicas adotadas para efetivar e garantir a segurança do cidadão.

Para efetivar esses direitos, inclusive a segurança, o Estado realiza um conjunto de ações, atividades, e programas, seja um em nível federal, estadual ou municipal, quer através da administração direta, indireta e até mesmo entes privados, cujo objetivo é assegurar e promover a cidadania para determinado seguimento social ou para a coletividade como um todo, as quais são identificadas como políticas públicas.

No tocante a definição conceitual do que são políticas públicas, não há consenso na literatura. O assunto é tratado de forma distinta por diversos autores, mas a ideia central a ideia central de suas construções acaba tendo relação entre si. Sanches e Figueiredo Neto (2017), apresentam um quadro-resumo conceitual, o qual acaba colocando as ideias centrais, conforme é possível constatar:

Definição de políticas públicas:

Lynn (1980) – Conjunto de ações do governo que irão produzir um conjunto determinado de efeitos.

Dye (1984) - De forma sintética é “aquilo que escolhe ou não fazer”.

Peters (1986) - Soma de todas atividades dos governos, os quais agem através de delegações ou diretamente. Tais atividades devem possuir a capacidade de influenciar a vida dos cidadãos.

Mead (1995) – Campo inserido no estudo da política que analisa o governo frente às grandes questões públicas (SANCHES E FIGUEIREDO NETO, 2017, p. 38).

Os conceitos modernos definem políticas públicas como “o campo do conhecimento que busca ao mesmo tempo colocar o governo em ação e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças nos rumos ou cursos dessas ações (variável dependente) “. Ademais, sustentam que a “formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações para produção de resultados ou mudanças no mundo real” (AGUM; RISCADO; MENEZES, 2015, p. 5).

No mesmo sentido Bucci (1997, p. 91) define políticas públicas como a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Nesse sentido, são a manifestação do Estado implementando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade (Höfling, 2001, p. 57).

Ante a categorização de políticas públicas, pode-se afirmar que elas são a instrumentalização da ação governamental a fim de concretizar metas e objetivos do próprio Estado. Logo, numa apurada síntese, pode-se inferir que se trata do resultado das próprias atividades políticas, compreendendo-se como o conjunto de ações e decisões relativas às alocações imperativas de valores (SANCHES; FIGUEIREDO NETO, 2017). Percebe-se, a partir das definições apresentadas, que, políticas públicas são posturas do Estado que buscam intervir, favoravelmente em algum aspecto da sociedade.

Portanto, como visto anteriormente, o Estado contemporâneo tem o dever de promoção dos direitos fundamentais, inclusive o do direito à segurança, sendo que as políticas públicas, ou seja, ações estatais devem ser pautadas pela efetivação dos diversos direitos sociais, sendo a segurança pública uma delas.

Efetivar o direito à segurança não é uma tarefa simples e certamente depende da harmonização de diversos fatores, tais como legis-

lação penal, instituições policiais, ministério público, poder judiciário, formação cultural do povo, condições sociais/políticas/econômicas. O fenômeno da criminalidade tem diversas causas e sob esse aspecto seria merecedor de um estudo próprio. Porém, a presente pesquisa busca analisar apenas e exclusivamente a questão das políticas públicas que estão diretamente ligadas a segurança, e ainda, delimitadamente a questão da descontinuidade delas, como um dos fatores que poderá contribuir para o atual cenário da violência e criminalidade no Brasil.

O enfrentamento da criminalidade não ocorre apenas com medidas policiais, mas sim, dependem de ações governamentais nas áreas da saúde, educação, lazer, emprego, enfrentamento das questões de drogadição, entre outros. O constituinte de 1988, de forma inteligente explicitou que a Segurança Pública é dever do Estado e responsabilidade de todos². Assim, os governantes, nos três níveis da federação tem a obrigação de adotar políticas públicas que possam promover a segurança pública.

O Brasil, no atual contexto histórico, encontra-se num caos quando o assunto é segurança pública, posto que os indicadores criminais são altíssimos, fazendo com que o país figure nos piores cenários da América Latina e do mundo. Num estudo realizado pela organização de sociedade civil mexicana “SEGURANÇA, JUSTIÇA E PAZ”, dentre as 50 cidades mais violentas, 17 encontram-se no território brasileiro (BBC, *online*). A pesquisa apresenta o Brasil como o país com o maior número de cidades entre as 50 áreas urbanas mais violentas do mundo, segundo ranking divulgado em março, que faz o levantamento anualmente com base em taxas de homicídios por 100 mil habitantes. Além dessa pesquisa, relatórios de diversos organismos nacionais e internacionais colocam o Brasil num cenário de criminalidade elevada.

A organização “SEGURANÇA, JUSTIÇA E PAZ” em seu site destaca que elabora o ranking com “o objetivo político cidadão de chamar atenção à violência nas cidades, sobretudo na América Latina, para que governantes se vejam pressionados a cumprir com seu dever de proteger os governados e garantir seu direito à segurança pública” (BBC, *online*). Portanto, a sociedade civil começa a controlar as ações do poder público no intento de buscar os melhores resultados.

No cenário nacional fica evidente que há uma falha na execução das ações governamentais, visto o elevado grau de violência e a ineficiên-

2 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (Brasil, *online*).

cia de políticas públicas capazes de frear ou reduzir os indicadores criminais. Portanto, a partir disso, far-se-á a análise de um vetor das possíveis causas de ineficiência das políticas públicas para enfrentamento da criminalidade que é a descontinuidade de programas ou políticas públicas na área de segurança pública.

Um dos fatores que contribui para a ineficiência desses programas de enfrentamento da criminalidade é a ruptura das políticas públicas em todos os níveis governamentais, essencialmente quando da troca do chefe do poder executivo (eleito democraticamente). A política pública no Brasil está muito atrelada ao governo, ficando caracterizada como uma ação de determinado partido político e quando da troca de governante, conseqüentemente ocorre a troca de todas as políticas públicas, rompendo com as ações iniciada pelo governo anterior. Portanto, a cada quatro anos ocorre a troca de governo e conseqüentemente a troca de políticas públicas. Assim, tem-se a nítida impressão de que muitas das vezes elas são desenvolvidas de forma casuística. A conseqüência desse ponto é a não resolução dos problemas e o desperdício do dinheiro público.

No tocante ao tema da descontinuidade das políticas públicas não há muita discussão no meio acadêmico, passando despercebida e muitas das vezes “justificada” pela discricionariedade inerente ao agente político no desenvolvimento das ações de sua gestão, que é uma característica do estado democrático e de direito. Todavia, Nogueira (2006) no tocante ao processo da governança e descontinuidade das políticas públicas refere:

Esse fato se traduz na interrupção de projetos, obras e serviços públicos; nas mudanças radicais de prioridades que são muito frequentes. O viés político partidário quase sempre sobressai, aos demais aspectos; planos futuros são menosprezados e considerações sobre possíveis qualidades ou méritos se transformam em ações (des) continuadas. O resultado desse processo é observado no desperdício de recursos públicos, desestímulo das equipes envolvidas, tensão e a animosidade entre técnicos estáveis e os que entram com as vitórias processos eleitorais (NOGUEIRA, 2006, p. 45).

A realidade brasileira tem demonstrado um processo de descontinuidade quanto as políticas públicas, pois a cada mudança de governo, invariavelmente, elas são substituídas por outras, para adequar os projetos de governo nas políticas e ações que serão executadas nos anos vindouros após assumir a chefia do poder executivo. Entretanto, raras são as vezes em que é feita uma análise da pertinência ou necessidade de altera-

ção, bem como, quais são os efeitos da descontinuidade. Porém, na esfera da segurança pública isso tem gerado impactos que tem afetado a vida e o comportamento das pessoas, em decorrência dos elevados indicadores de criminalidade em todo o território nacional.

Para ilustrar o caso de descontinuidade na área da segurança pública podemos destacar diversas ações que iniciaram num governo e que não tiveram continuidade em decorrência da mudança política. Em nível nacional, especificamente no Rio de Janeiro, pode-se destacar as UPP's (UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORAS), projeto do governo carioca, o qual inicialmente visava a pacificação das comunidades em conflitos, fazendo operações policiais de ocupação e a instalação de unidades, as quais seriam apoiadas pelos diversos segmentos estatais, tais como saúde, lazer, salubridade pública, educação, entre. Todavia, houve um planejamento para a execução da ocupação pelas forças policiais e posteriormente, os outros segmentos do Estado, os quais são fundamentais para a pacificação e construção da paz social, não foram implementados pelo executivo.

Nesse mesmo sentido, podemos analisar uma ação que ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, mas que ocorre em todo país de quatro em quatro anos. No plano de governo do governador Tarso Genro, chefe do Executivo Estadual do ano de 2011-2014, constava entre outros programas, a implementação de Territórios de Paz (PLANO DE GOVERNO, 2010, p. 18), em bairros de Porto Alegre e do Estado do Rio Grande do Sul, em que tivesse elevados índices de criminalidades, especialmente tráfico de drogas e homicídios. Iniciado o governo, foram rompidas políticas públicas de bairros de altos índices de criminalidade do governo anterior e iniciada a implementação dos Territórios de Paz, que consistia na implementação de uma base fixa das Instituições Policiais no interior do bairro afetado pela criminalidade, e a partir dele seriam implementadas outras ações levando outros segmentos do Estado para aproximar o cidadão dos seus direitos básicos, tais como segurança, saúde, lazer, entre outros.

O referido programa foi implementado, tendo ampla divulgação na mídia e foi apresentado como solução para a questão da criminalidade. Além de não ser elaborado em parceria com as instituições policiais, as quais são os órgãos mais qualificados para pautar as ações de governo na área da segurança pública. Também careceram de uma análise científica, na qual deveriam ser identificadas as causas da criminalidade e a partir dela, adotadas as medidas adequadas para o enfrentamento daquela criminalidade. Portanto, foram realizadas ações desconexas entre os diver-

segmentos do Estado e o resultado não foi satisfatório, gerando um custo elevado e certamente não tendo o retorno adequado.

Ademais, passado o mandato do período de 2011-2014, no ano de 2015, assumiu outro governo, sendo que não foi dada continuidade ao programa Territórios da Paz e foram adotadas outras políticas públicas na área da segurança pública e não houve continuidade daquela. Destaca-se que houve ruptura da política pública sem uma prévia análise e não houve uma maturação do processo da iniciativa dos Territórios de Paz, o qual deveria ser avaliado e medido quanto ao seu custo e resultados.

No âmbito nacional, no ano de 2007 foi lançado o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI³), destinado à prevenção, controle e repressão da criminalidade, atuando em suas raízes socioculturais, além de articular ações de segurança pública com políticas sociais por meio da integração entre União, estados e municípios (BRASIL, *online*). Todavia, o referido programa não teve continuidade, sofrendo solução de descontinuidade. Portanto, há uma grande perda de investimentos e especialmente, oportunidades para efetivamente fazer o enfrentamento da criminalidade.

Nessa senda, urge a adoção de uma nova perspectiva no sentido de promoção da discussão da temática, a fim de que não somente o órgão responsável pela implementação da política possa efetivamente discutir as vantagens e desvantagens de sua manutenção, mas, também, toda a sociedade destinatária do resultado das mesmas. Ademais, no campo da segurança pública, cada vez mais deveriam ser adotadas medidas de Estado e não de governo, sob pena de não conseguir atingir os resultados satisfatórios.

Nos dois exemplos analisados, no Rio Grande do Sul (TERRITÓRIOS DE PAZ) e no âmbito nacional (PRONASCI), não há qualquer análise política, mas sim, apenas a questão da descontinuidade. Nota-se que houve um grande esforço para implementar uma política pública, destinação de recursos e após a mudança de governo foi interrompido o trabalho. Percebe-se que há uma falha no processo da construção da política pública e que em determinados segmentos, especialmente na segurança pública, não poderá haver a escolha/discrecionalidade do agente político em dar um não continuidade da referida ação, mas deverá ser considerado o resultado obtido e/ou não para iniciar uma discussão para efetivamente alterar o programa.

3 LEI N° 11.530, DE 24 DE OUTUBRO DE 2007 (Brasil, *online*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise do problema, é possível afirmar que no Brasil, o Estado tem o dever de promover os direitos fundamentais/sociais, inclusive a segurança, sendo que há um dever de proteção para com o cidadão. Nota-se que o indivíduo cede parte da sua liberdade para o Estado, o qual assume o compromisso de lhe assegurar a segurança. Entretanto, no cenário atual, especialmente conforme a análise dos dados de criminalidade, identifica-se uma mazela do Estado quanto ao cumprimento das suas obrigações pactuadas, especialmente a de assegurar a efetiva segurança, entendida como direito fundamental do cidadão, pactuada na Carta Magna.

Aliado a isso, sabe-se que o gestor público político, durante a sua gestão faz a implementação de ações e programas de governo, as quais são denominadas de políticas públicas. Porém, no cenário brasileiro, em virtude da falta de maturidade e falta de cientificidade na elaboração dos planos de governo e políticas públicas, a cada governo há ruptura com as ações dos governantes anteriores e isso, sobremaneira, tem contribuído para o fracasso das políticas públicas de enfrentamento da criminalidade. Portanto, diante das constantes políticas públicas descontinuadas, rompidas e carentes de um estudo científico sério, restam evidente que torna-se um fator de grande aumento da ineficiência do Estado brasileiro frente ao seu dever de proteção, especialmente no tocante a garantia da segurança.

O tema da segurança pública é muito caro ao cidadão, e, portanto, requer cada vez mais ações do Estado, mas não como políticas de governo e sim, políticas de Estado, as quais visam efetivar os direitos do cidadão.

Segurança pública não pode ser objeto de uma política pública e sim, deverá perpassar o governo, dando respostas efetivas aos problemas recorrentes e que precisam de respostas adequadas, sob pena do Estado não conseguir efetivar o direito à segurança, bem como os demais direitos que dele decorrem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 4.ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017b.

ARAÚJO, Edemir N. de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva 2005.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, nº 215, 1999.

AZEVEDO, Janete Maria Lins de. **A educação como política pública**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2004.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BASTOS, Celso R. **Curso Teoria do Estado e Ciência Política**. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BBC, disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43309946>>. Acessado em 10 de agosto de 2018.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio. **Direitos Humanos**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 março 2016.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Custos econômicos da Criminalidade no Brasil**. Relatório de Conjuntura nº 4. Brasília, DF, jun. 2018. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/relatorio-de-conjuntura/custos_economicos_criminalidade_brasil.pdf>. Acesso

em: 20 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983. Aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares (R-200). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 out. 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 mar. 1967.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2017

BRASIL. Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jul. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0667.htm>. Acesso em: 20 mar.

BRASIL. **Portal Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. [201-b]. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/>>.

BRASIL. **Portal Supremo Tribunal Federal**. [201-c]. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **PEC 51/2013**: Proposta de Emenda à Constituição. Brasília, DF, 2013.

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

CHIAVENATTO, Idalberto. **Gestão de pessoas: O novo papel dos recursos humanos nas organizações**. São Paulo: Ed. Manole, 2014.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais nº 798, 2002, 23-50.

FERNANDES, Leandro Alex Missagia. **Política pública de prevenção primária à drogadição nas escolas municipais de Novo Hamburgo: o Proerd.** Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132282/000980361.pdf?sequence=1>. Acesso em 24 de junho de 2016.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação.** 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. **Políticas municipais de segurança em Crime, polícia e justiça no Brasil** / Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo – 1 ed., 1ª reimpressão. – São Paulo: Editora Contexto, 2014.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JESUS, José Lauri Bueno. **Polícia Militar e Direitos Humanos.** Curitiba: Juruá, 2008.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

NOGUEIRA, Fernando A. **Política sim, mas no meu Estado ou no seu Governo.** Disponível em: <http://www.eaesp.fgvsp.br/>. Acesso em 18 jun. 2018.

ONUBR – Nações Unidas no Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 2011. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/documentos/>. Acesso em: 30 abr. 2017.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma Gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 55-72, jul./ago. 2000.

PINC, Tania Maria; JESUS FILHO, José de. **Policy Makers e Burocratas: O que eles têm feito pela segurança pública? Fórum Brasileiro de Segurança Pública,**

São Paulo, set. 2016

PINC, Tânia. JESUS FILHO, José de. Análise comparativa da arquitetura organizacional da área de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo, set. 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p.82. v.17.

RIO GRANDE DO SUL. Estatísticas. **Portal Secretaria da Segurança Pública**. [20-]a.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 10.356, de 10 de janeiro de 1995. Dispõe sobre a estrutura organizacional da Administração Direta e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, 10 jan. 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. Relatório Anual. [20-]b.

ROBBINS, Stephen; COULTER, Mary. **Administração**. Editora Prentice – Hall do Brasil LTDA. 5 ed. Rio de Janeiro, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em 23 de junho de 2018.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do ministério público e da polícia. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humana**. Lisboa, Ed. Universidade Católica, 2013. \

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
VOLUME 3

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria geral do Direito Policial**. Coimbra, Almedina, 4ª Ed. 2014.

GLOTOCÍDIO CULTURAL: O DEVER DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA COMUNIDADE TRADICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS¹

ROSA ELENA KRAUSE BERGER²

ADRIANO SANT'ANA PEDRA³

INTRODUÇÃO

O estudo busca apresentar uma reflexão no campo dos direitos humanos e dos direitos humanos linguísticos em relação a necessidade de manter e preservar a língua mãe nas comunidades tradicionais pomeranas.

O dever fundamental de participação política dessa comunidade é analisado sob a ótica de implementação e gestão de políticas públicas, a fim de evitar que as futuras gerações percam o contato com a língua, e ocorra o que os doutrinadores chamam de glotocídio cultural de uma língua.

O reconhecimento e respeito à língua de uma comunidade tradicional decorre dos próprios direitos relacionados à cultura, que é o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou grupo social e abrange também as artes e as letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças (UNESCO, 2005).

Para CASTILHO, ARENHARDT e BOURLEGAT (2009, p. 159-

-
- 1 Estudo desenvolvido no Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), sob a coordenação do segundo coautor.
 - 2 Mestre em Sociologia Política pela Universidade de Vila Velha. Doutoranda em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogada.
 - 3 Doutor em Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória – FDV). Mestre em Física Quântica (Universidade Federal do Espírito Santo – UFES). Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos (Università degli Studi di Pisa). Especialista em Economia e Direito do Consumo (Universidad de Castilla-La Mancha). Pós-doutorado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Diretor da Associação Mundial de Justiça Constitucional para o Brasil. Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional. Procurador Federal.

69) “é a própria cultura que pode dar credibilidade de existência e identidade a um grupo de pessoas ou comunidade”, atuando como fermento do desenvolvimento. Dessa forma, a identidade cultural define-se por diversos aspectos, entre eles, destacam-se: a língua, as relações sociais, ritos e cerimônias, costumes, sistemas de valores e crenças, como defendem ARNAUDO e CORBELLA (2013, p. 1-11).

A história das políticas linguísticas implantadas no Brasil, que adveio desde a legislação pombalina, demonstra a obrigatoriedade do ensino da língua portuguesa em detrimento das línguas gerais, como é apontado pelos historiadores BESSA FREIRA (2003), NAVARRO (2012) e RODRIGUES (1983), que relatam o cenário dos apagamentos, declínios e glotocídio (aniquilamento deliberado de línguas) que foram, e continuam sendo cometidos no Brasil.

O processo de homogeneização que impôs o uso de uma única língua – português - reconhecida como língua oficial do Brasil, através da história sociolinguística, demonstra o cenário violento desse processo desrespeitando os agrupamentos culturais dos primeiros séculos de formação do Brasil.

Historicamente, pouco tem sido feito para evitar o enfraquecimento e o glotocídio cultural das línguas existentes no país. A gravidade do problema se evidencia com os números, no princípio do período colonial, estima-se a existência de um contingente aproximado de 1.078 línguas indígenas, todavia o glotocídio – como esclarece o historiador JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES (1983) – dizimou 85% da variedade linguística brasileira. Com ela, uma imensidão de conhecimentos ancestrais se desvaneceu na imposição da pátria monolíngue. Somente no século XX, de acordo com a obra do antropólogo DARCY RIBEIRO (1957), 67 línguas desapareceram no Brasil⁴.

Esse processo de aniquilamento das línguas apenas foi amenizado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando foi reconhecido o direito ao patrimônio linguístico como direito fundamental, conforme se observa: i) estrutura normativa dos dispositivos que versam especificamente sobre a matéria, como a do artigo 215 “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional...” e do artigo 216, § 1º “com a previsão do dever de proteção e promoção dos bens culturais pelo Estado, com a colaboração da sociedade”; ii) na colocação do direito ao patrimônio cultural intangível como pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais, como o direito à vida

4 Inventário de Língua Guarani. Disponível <https://guaranimbya.wordpress.com/2011/07/13/376/> Acesso em 20/11/2018.

digna e a liberdade de expressão e artigo 210, § 2º, (Seção Educação) que dispõe: “O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”.

A reclamação pela diferença ou o direito à diferença no respeito ao falar por meio da língua materna é um dos eixos centrais do estudo, para tanto, será analisado o dever fundamental de participação política, colocando o cidadão, integrante dessa comunidade, como o principal ator na luta para assegurar os seus próprios direitos linguísticos. SOARES (2008, p. 88) chega a afirmar na sua obra:

as línguas se firmam como bens merecedores de tutela quando os direitos culturais da comunidade ou do grupo são reconhecidos. As ordens culturais constitucionais estão permeadas pelas características da democracia e da diversidade cultural. As políticas públicas e os instrumentos para tutela do patrimônio cultural linguístico devem considerar a diversidade cultural e a necessidade de valorização e de participação dos vários grupos formadores da sociedade brasileira

Com a finalidade de apresentar a luta de uma comunidade tradicional e a sua participação direta no desenvolvimento de políticas públicas relacionadas ao respeito a sua cultura e língua materna, o estudo mapeou dissertações do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGE/UFES e duas teses de doutorado defendidas em outras duas universidades do Brasil.

Tratam de temas da comunidade tradicional pomerana e políticas públicas com intuito de se respeitar e manter a língua pomerana no município de Santa Maria de Jetibá-ES a fim de evitar as reprovações e as evasões escolares que ocorriam principalmente nas escolas do interior do município.

A comunidade tradicional pomerana do município de Santa Maria de Jetibá-ES, através das famílias e dos professores, criou o programa denominado PROEPO (Programa de Educação Escolar Pomerana), o qual se dedica a manter e preservar a língua materna daquela comunidade. A exemplo dessa política pública e outras criadas pela própria comunidade, observa-se a adesão de toda a coletividade e ausência de registros de discriminação ou sobreposição da cultura pomerana sobre as demais.

No estudo histórico das línguas foi utilizado como referencial teórico a obra de HONÓRIO RODRIGUES (1983), que analisa a hegemocratização da língua portuguesa, a partir da segunda metade do século XVIII, como parte de um processo de “secessão das línguas”. O referido

autor afirma que na sociedade colonial brasileira se viveu um verdadeiro embate linguístico, decidido com vitória da língua portuguesa:

Numa sociedade dividida em castas, em raças, classes, mesmo quando é evidente o processo de unificação da língua, especialmente num continente como o Brasil, onde durante três séculos combateram várias línguas indígenas e negras contra uma branca, não havia paz cultural, nem paz linguística. Havia, sim, um permanente estado de guerra, e qualquer que seja o nome que se dê à secessão das línguas, vulgaridade, estupidez, tédio, o resultado é sempre a separação de um homem do outro, mas também a divisão em si mesma de cada ser. (RODRIGUES, 1983, p. 37).

O autor ao reconstituir um traçado histórico, deixa claro que o estabelecimento da língua portuguesa como língua oficial do Brasil e língua materna da maioria dos brasileiros não decorre de um processo natural, mas resulta de penosas realidades socioculturais, irremediavelmente atravessadas por sucessivas decisões políticas. Da mesma forma os estudos dos autores como BESSA FREIRE (2003) e NAVARRO (2012) também tratam da questão histórica de apagamentos, declínios e glotocídio linguístico que ocorreram na sociedade brasileira.

A análise constitucional do tema abordado nesse estudo, sob a perspectiva do dever fundamental, utilizou a fundamentação teórica das obras de SIMÕES e FABRIZ (2015) SOARES (2008), LOPES (2006), TAYLOR (1997), NABAIS (2007), CANOTILHO (2002), CAGGIANO (2013) e DUQUE e PEDRA (2013).

O Programa (PROEPO) e o levantamento bibliográfico foram utilizados como ferramentas para responder as seguintes perguntas: A adoção de políticas públicas na área do direito linguístico é suficiente para evitar o glotocídio cultural de uma língua? Os cidadãos que participam de uma comunidade tradicional, como os pomeranos, tem o dever de participar politicamente no implemento dessas políticas para evitar o enfraquecimento cultural? O Estado brasileiro respeita o direito de consulta, participação e consentimento das comunidades tradicionais ao adotar e colocar em prática determinada política pública voltadas ao direito linguístico?

Na persecução das respostas às perguntas elaboradas no estudo, tem-se o objetivo de apresentar o dever fundamental à cultura e os direitos linguísticos como parte dos direitos humanos. O trabalho se desenvolve a partir do processo interpretativo de compreendê-los como direitos fundamentais, voltados ao campo do direito à cultura, integrando a

língua de uma comunidade como patrimônio cultural brasileiro, de aplicação imediata, sendo, inclusive, cláusula pétrea.

O objetivo do estudo também é apresentar o direito linguístico, ramo ligado ao direito à cultura, como um direito coletivo, se analisado sob a ótica do Direito Constitucional, o qual passa a integrar a segunda geração dos direitos fundamentais. Além disso, ressalta-se que o direito linguístico se desdobra em outros direitos fundamentais, como o da liberdade de expressão, direito à educação e da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma pesquisa realizada no âmbito das ciências sociais aplicadas e será desenvolvido respeitando os conceitos mais adequados à persecução dos objetivos pretendidos, seguindo o método dedutivo-indutivo. O procedimento utilizado será o da pesquisa bibliográfica com pesquisa em livros técnicos, doutrinas, artigos, periódicos, teses e dissertações objetivando apresentar um quadro atual, mais completo possível da realidade abordada, a fim de contextualizar e compreender o tema estudado.

O trabalho é desenvolvido em quatro capítulos. O primeiro trata sobre a teoria do dever fundamental e sua aplicação ao direito cultural e o respeito à língua materna; o segundo capítulo traz o dever fundamental à identidade e o respeito cultural – a prática cidadã; o terceiro trata sobre a história de negação, silenciamento e discriminação: direito à identidade da comunidade pomerana, direito à sua língua (*pomerisch ou pomerano*) e o último capítulo se refere a análise do Programa PROEPO, que trata sobre a educação bilíngue desenvolvida nas primeiras séries das escolas públicas no município de Santa Maria de Jetibá-ES.

1 - TEORIA DO DEVER FUNDAMENTAL E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO CULTURAL E O RESPEITO À LÍNGUA MATERNA

O viver em sociedade é um direito de todo cidadão, mais que um direito, também reflete dever para consigo mesmo e para com a sociedade, enquanto inserido em determinado grupo social, que é a sua comunidade. Não há como ver uma pessoa humana portadora e detentora apenas de direitos e inerte aos problemas sociais que envolvem a sociedade, e mais diretamente à sua comunidade.

DUQUE e PEDRA (2013, p. 148) traz que a Constituição não apresenta apenas normas que conferem direitos, mas apresenta diversos deveres dos sujeitos como membros do Estado. Os autores afirmam que

os deveres fundamentais são correlatos aos direitos fundamentais (ou direitos da liberdade), pois se limitam por estes e se prestam ao mesmo tempo como garantia para o exercício da liberdade.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, novos princípios foram inseridos em seu texto, marcando um caminho novo a ser trilhado pelo direito constitucional brasileiro. O artigo 3º, inciso I “construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e o IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, além de serem cláusulas pétreas do texto constitucional, são novos marcos que a sociedade brasileira está construindo, relacionados ao amor e o respeito ao próximo.

A Constituição traz em seu texto o dever fundamental à coletividade e descreve especificadamente sobre a preservação e defesa dos bens que guardem relação com a memória e identidade e dos grupos formadores da sociedade brasileira. Como diz FABRIZ e SIMÕES (2015, p. 9-10), a Constituição foi específica nesse sentido devido à importância destes à identidade nacional e cabe ao Estado proteger, incentivar e valorizar tais manifestações, coibindo práticas discriminatórias em relação a elas, como pode extrair da leitura do artigo 215 da Carta Magna.

Assim, em alguns casos, o texto constitucional traz de forma explícita o dever fundamental, como é o caso do dever fundamental à coletividade de preservação e defesa para as presentes e futuras gerações daquelas manifestações que portarem referência à identidade, à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, é o que está previsto no art. 216, § 1º “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”. Há o dever de proteger o patrimônio cultural brasileiro, considerado como bem comum da humanidade inserido no artigo 215 “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos seus direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional” e do artigo 210, § 2º “O Ensino Fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”.

O texto Constitucional de 1988 traz outras referências à cultura que estão dispostas nos artigos 5º, incisos IX, XXVII, XXVIII, LXXIII e 220, parágrafos 2º e 3º como manifestação do direito individual e de liberdade e direitos autorais; nos artigos 23, 24 e 30 trazem as regras de distribuição

de competência e como objeto de proteção pela ação popular; no artigo 219 como incentivo ao mercado interno, de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural; no artigo 221 como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão; no artigo 227, como direito da criança e do adolescente, e no artigo 331 que reconhece aos indígenas a sua organização social, costumes, língua, crença e tradições.

Mas, mesmo se não houvesse uma previsão expressa no texto constitucional, sempre vai haver um dever nas ações da pessoa humana pautado no comunitarismo e na solidariedade, o que também se faz presente quanto ao dever fundamental de preservação cultural e do respeito à língua materna das comunidades tradicionais⁵.

De acordo com FABRIZ e SIMÕES (2015, p. 8-10), o patrimônio cultural brasileiro é parte integrante do meio ambiente cultural e este último não se resume ao primeiro, sendo, ainda mais amplo. O texto constitucional tutela os bens de natureza material e imaterial, tais como a forma de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações artísticas de natureza imaterial, que guardem referência à identidade e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Para esses autores, o direito à cultura e ao respeito a língua materna, são abrangidos pelo texto constitucional em seu artigo 225, *caput*, “todos tem 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”. Os autores, inclusive, denominam esses direitos como direito ao meio ambiente cultural e, para identificar se o direito violado é abrangido pelo referido texto constitucional deve ser visualizado o bem que está sendo violado e se afeta à qualidade de vida da pessoa. Logo, o desrespeito à cultura de uma comunidade tradicional e à sua língua materna, evidencia, sem sombra de dúvidas a ofensa do disposto no artigo 225 da CRFB/1988.

Da mesma forma FIORILLO (2012) e FIGUEIREDO (2012) reconhecem os bens de natureza imaterial como integrantes do patrimô-

5 SARLET (2001, p. 9) trata sobre “além de um grau mínimo de tolerância e solidariedade nas relações sociais”. O autor traz que a efetividade dos direitos e dos deveres fundamentais depende da crença, em sua necessidade e seu significado para a preservação do homem em sociedade. A preservação do meio ambiente, o respeito pela intimidade e vida privada, a proteção da criança e do adolescente, a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade de expressão, dependem de um ambiente familiar e de relações afetivas sadias e responsáveis, enfim, de muito mais do que um sistema jurídico que formalmente assegure estes valores fundamentais, assim como de Juízes e Tribunais que zelem pelo seu cumprimento.

nio cultural. Segundo os autores, a Constituição Federal estendeu a estes a categoria de bem ambiental, devendo ser tutelados juridicamente para que se preserve a sadia qualidade de vida.

FIGUEIREDO (2012, p. 39) explica:

Com efeito, o meio ambiente não é constituído apenas pela biota (solo, água, ar atmosférico, fauna e flora) o aspecto que se convencionou chamar de meio ambiente natural mas, também, pelo meio ambiente cultural (os bens de natureza material e imaterial patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade), pelo meio ambiente construído (urbano ou rural) e pelo meio ambiente do trabalho aspectos do meio que poderiam ser classificados de artificiais.

Por deveres fundamentais entendem-se os deveres de ação ou omissão realizados pelo cidadão e definidos exclusivamente pela Constituição, cujos sujeitos ativos e passivos podem ser ou explicitamente indicados na norma constitucional ou deduzidos mediante interpretação (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 337). Os deveres fundamentais estão diretamente vinculados a situações jurídicas que são impostas às pessoas pelo Estado ou ainda por parte de alguns cidadãos sobre outros com base na Constituição (MIRANDA, 2014b, p. 92), correspondendo a prestações jurídicas que são feitas pelos próprios cidadãos em nome da coletividade.

O dever fundamental e sua aplicação nas ações do cidadão não podem estar atrelados unicamente no comando da solidariedade, mesmo que seja relevante para a vida em sociedade. Para haver a sustentação de um dever fundamental ao cidadão, deve haver um suporte jurídico consignado no texto constitucional. Não há que se entender, portanto, os deveres fundamentais como uma espécie de dever moral, já que precisam ter suporte explícito e inequivocamente jurídico na Constituição de determinado Estado (NABAIS, 2007, p. 249-50).

O artigo 225 da CRFB/1988 é explícito ao trazer que cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, e o artigo 216 § 1º assevera que o Estado com a colaboração da comunidade promoverá a proteção do patrimônio cultural de diversas formas de acautelamento e preservação. Portanto, a preservação e defesa do meio ambiente cultural é uma categoria jurídico-constitucional e impõe a sociedade e ao Poder Público o dever preservar e defender.

Sendo uma categoria jurídico-constitucional, o dever fundamental deve estar ligado intrinsecamente a promoção dos direitos fundamentais, o que é evidente quando se fala na preservação da cultura e no respeito à língua materna da comunidade tradicional, pois, caso os próprios cidadãos, participantes daquela comunidade, se silenciem ficarão privados de seus costumes, das suas tradições, da sua língua materna, o que refletirá, inevitavelmente, na sadia qualidade de vida, que a Constituição tem como pilar e norteador de todo o ordenamento constitucional. A comunidade que venha lutar e participar no implemento de políticas públicas para garantir o respeito à sua cultura e a língua, à sua dignidade e às peculiaridades do seu grupo estará promovendo os direitos fundamentais⁶.

Segundo FABRIZ e SIMÕES (2015, p. 14-15), o dever constitucional de preservação cultural dos grupos formadores da sociedade brasileira, sejam os bens desse meio ambiente de natureza material ou imaterial está ligado à manutenção dos direitos desses grupos e da própria sociedade como um todo. Caso essa preservação não ocorra, indivíduos poderão ficar privados de seus costumes, de sua língua, tradição e outras características próprias do grupo que os distingue dos demais, o que refletirá na sadia qualidade de vida que a Constituição procurou garantir. Ademais, isso representará uma perda cultural à identidade brasileira.

Não bastasse, mesmo havendo de forma explícita no texto constitucional esse dever, no que diz respeito à cultura e à língua materna da comunidade tradicional, há uma obrigação do cidadão em executar ações cidadãs, que vão além do simples ato de votar, ou seja, essa ação cidadã deve compreender e ver a necessidade do envolvimento com a coisa pública para que haja o fortalecimento progressivo da democracia.

A ação cidadã exige do indivíduo, participante de uma comunidade tradicional ou não, que aja de forma conjunta ou separadamente do Estado utilizando os mecanismos jurídicos disponíveis para poder exercer seu dever de proteção cultural junto ao poder público imple-

6 SARLET (2001) esclarece que é essencial, para se perceber que a dignidade da pessoa humana encontra-se também na construção cultural realizada, nos bens jurídicos aí constituídos: [...]o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no sentido de qualidade inata), na medida em que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente[...] a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária[...]

mentando políticas públicas que irar gerar reflexos positivos para a comunidade e para toda a sociedade.

A própria democracia participativa exige do cidadão esse envolvimento mais intenso e com a responsabilidade social, esperando que cada indivíduo tenha envolvimento político no processo de aplicação, decisão e avaliação das políticas públicas.

Dentre as atividades que podem ser desenvolvidas pelo cidadão no âmbito da democracia participativa destacam-se “o exercício de uma multiplicidade de direitos políticos” passando pelo “envolvimento na vida interna dos partidos, [pela] intervenção em sede de procedimento legislativo [e também pela] discussão pública de planos e regulamentos administrativos” (ALEXANDRINO, 2016, p. 14-5). Contudo, não se pode considerar que apenas a realização de eleições periódicas, com envolvimento pontual do cidadão nas questões coletivas, seja suficiente para o efetivo exercício da cidadania. Assim, existem 30 normas na Constituição brasileira que prevejam a participação política do cidadão brasileiro na vida em sociedade para além do momento eleitoral (LOPES, 2006, p. 25-7).

CASALTA NABAIS (2007, p. 249-250) defende que sem o reconhecimento e exigência dos deveres fundamentais todo o sistema de direitos findaria por ruir, na medida em que a sobrecarga em favor das prerrogativas tornaria o cenário sócio estatal insustentável. Não se concebe uma sociedade que não está aberta a se relacionar com o Estado e disposta a com ele interagir e se mobilizar para a promoção do bem comum como titular de direitos oponíveis a esse mesmo Estado. A promoção e garantia de direitos deve ser entendida como uma via de mão dupla, na qual somente serão admitidos a transitar aqueles que demonstrem concretamente o seu envolvimento, a sua relação de pertencimento quanto àquela estrutura.

Para nós, cidadãos, é importante reconhecer que tornar nosso país e nossas comunidades melhores requer no mínimo nossa cooperação, e idealmente, nosso envolvimento ativo. Por definição, nosso governo nos pertence e é de nossa responsabilidade. Nós podemos e deveríamos ter altas expectativas do governo; mas para o governo funcionar bem, é preciso cidadania ativa (DENHARDT e DENHARDT, 2003, p. 175).

CANOTILHO (2002, p. 527-29) esclarece que a cidadania não pode mais ser concebida como mero *status*, seu exercício não implica mais na existência de cidadãos inertes apenas detentores de direitos, havendo deveres correlatos a serem realizados como a outra face da mesma moeda, ou seja, “o ‘outro lado’ dos direitos fundamentais, principalmente relacionados à participação política direta e imediata dos cidadãos na vida em

sociedade, inclusive como mecanismo de controle da atuação do Estado.

A Constituição de 1988 eleva a cidadania à condição de princípio constitucional material e fundamental (artigo 1º, inciso III) e direito fundamental, tendo aplicação imediata (artigo 5º, §1º) e natureza de cláusula pétrea (artigo 60, §4º, IV), irradiando-se por todo o sistema jurídico. Porém, os cidadãos não podem ser vistos apenas como possuidores de direitos, havendo deveres correlatos que lhes são impostos como a outra face da mesma moeda, em especial, a concepção de dever fundamental de participação política, conforme é afirmado por LOPES (2006, p. 25):

“A cidadania deve ser concebida como um direito, sendo que, simultânea e paralelamente, a noção de dever deve ser inserida no seu conteúdo, já que não existem direitos sem seus correlatos deveres. O grande erro da concepção de Marshall foi ter conceituado a cidadania como um status, ou seja, como um estado que, uma vez concedido ao indivíduo, não exige nada dele para conservá-lo. A visão estática e individualista de cidadania deve ser superada, na medida em que a experiência histórica mundial de violência, injustiça e desigualdade tem comprovado a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, com base no valor da solidariedade, essencial à sobrevivência de qualquer comunidade”.

CANOTILHO (2002, p. 527-29) também discorre acerca da existência de deveres fundamentais relacionados à cidadania:

[...] o que significam deveres fundamentais num Estado de direito democrático? Significam, em primeiro lugar, que eles colocam, tal como os direitos, problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade. [...] a fórmula constitucional não significa [...] a simetria de direitos e deveres mas estabelece um fundamento constitucional claro, isto é, uma base de legitimação, para os deveres fundamentais. [...] A dimensão jurídico constitucional dos deveres ultrapassa, porém, o círculo dos direitos. Os deveres fundamentais são também referidos como categorias jurídico-internacionais na Declaração Internacional dos Direitos do Homem (art. 29º/1), no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (cfr. Preâmbulo), na Convenção Americana dos Direitos do Homem (art. 32º/1) e na Carta Africana de Direitos do Homem (art. 29º/7). [...] A ideia de deveres fundamentais é susceptível de ser entendida como o “outro lado” dos direitos fundamentais. [...]

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), aprovada através da Resolução XXX da Ata Final da IX Conferência Internacional Americana, também apresenta direitos e deveres da pessoa humana, no âmbito do sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, proclamando em seu Preâmbulo (USP, 2017):

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros. O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade. Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apoiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam. É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria. É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito. E, visto que a moral e as boas maneiras constituem a mais nobre manifestação da cultura, é dever de todo homem acatar-lhe os princípios.

A Declaração dispõe, ainda, que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa (artigo 1º), na medida em que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados na declaração, sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra (artigo 2º), apontando a correlação entre os direitos e os deveres fundamentais (USP, 2017).

CAGGIANO (2013) esclarece que é fundamental a participação mais ativa dos indivíduos na vida em sociedade ante o dever fundamental de participação política, na medida em que o cidadão não pode mais ficar adstrito ao ato de votar e ser votado, pois se mudou a configuração do “cidadão-eleitor” na sociedade globalizada do século XXI, conforme destaca CAGGIANO (2013, p. 45-46):

É necessário construir a chamada “cidadania multicultural” que inclua tais indivíduos na vida em comunidade. Nesse contexto, o exercício da cidadania não implica na existência de cidadãos inertes apenas detentores de direitos, havendo deveres

fundamentais correlatos a serem cumpridos, merecendo destaque o dever fundamental de participação política na vida em sociedade. O cidadão não pode mais ficar adstrito ao ato de votar e ser votado, pois se alterou a configuração do “cidadão-eleitor” no século XXI. É necessário tecer outros olhares para o significado dos deveres fundamentais e das responsabilidades sob um prisma mais ético, buscando o bem comum na convivência em sociedade.

Para REICH (1998); ROBERTS (2004) e INNES e BOOHER (2004), o engajamento público tornou-se uma característica fundamental da relação público-governo e não se pode esperar que o Estado garanta e promova o atendimento de todas as necessidades e demandas sociais sem que essa sociedade destinatária contribua, em alguma medida, para essa sua atuação.

Não somente ao Estado, como a comunidade tradicional e todos os demais membros da sociedade tem o dever de preservação da cultura das comunidades tradicionais e de respeitar à sua língua materna. Mais que o dever de respeitar, aos membros da comunidade tradicional impõe-se o dever de implementar, controlar e fiscalizar as políticas públicas que visem resguardar esses direitos.

É importante questionar se o dever de respeitar as políticas públicas que são implementadas para garantir a preservação da cultura e da língua de uma comunidade tradicional, não limita os direitos de liberdade das demais pessoas que não fazem parte dessa mesma cultura.

Como se vê nesse estudo, com a análise de uma política pública que foi implantada por iniciativa das famílias e professores de uma comunidade tradicional pomerana, não há registros de ofensa ou questionamentos desses grupos alheios a essa comunidade. Ao contrário, outras políticas públicas que foram implantadas na comunidade pomerana, por iniciativa dos próprios cidadãos, tiveram uma adesão à participação dos demais grupos, ou seja, há uma participação de toda a coletividade onde as políticas públicas tornam-se um projeto cívico de todos.

Mesmo sem análise, de um caso concreto de uma política pública, o próprio sistema jurídico responde a esse questionamento, uma vez que a doutrina traz como colisão de dois princípios constitucionais, neste caso, o da liberdade individual em detrimento do respeito à cultura e a língua de uma comunidade tradicional.

ROBERT ALEXY (2014) e RONALD DWORKIN (2002) trazem uma forma para ser resolvida a questão que se dará por meio da ponderação. Quando a cultura de um grupo de pessoas é desprezada, esse indivíduo perde sua dignidade e perde sua qualidade de vida, não somente den-

tro da sua própria comunidade, mas de outros grupos sociais que participa.

A proteção do direito linguístico enquanto patrimônio cultural, tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, valor ético e essencial dos direitos fundamentais, que tem uma pretensão universalista. Para tanto, o agasalho estatal e social a esses grupos de minorias étnicas, linguísticas e religiosas deve ser amparado mesmo diante de determinadas restrições de liberdade individual. Um país democrático de direito, deve acolher princípios e positivar normas para proteger os direitos das minorias, a diversidade cultural e a diversidade linguística.

Havendo o desrespeito à cultura e à língua dessas minorias, viola-se frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CRFB/1988), fundamento maior do Estado brasileiro. Outra norma em que o direito linguístico encontra guarida, além de todas as já citadas, é o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, CRFB/1988) – todos são iguais perante a lei - devendo o ordenamento jurídico tratar as pessoas, de maneira igual, porém, considerando as suas igualdades, suas peculiaridades, como é o caso da comunidade tradicional pomerana.

O direito deve tratar as pessoas como iguais, mas não vir a igualá-las e a nenhuma pessoa cabe ignorar o respeito à diferença ⁷.

TAYLOR (1997) trata sobre o reconhecimento, ou do conhecimento errôneo, e do mal que este causa às pessoas envolvidas e que prejudica, sobremaneira, o processo de formação da identidade. Segundo o autor, as políticas que foram implementadas por meio de lei têm como objetivo impor restrições com intuito da sobrevivência da cultura expressa pela língua (no caso estudado pelo autor, a língua francesa), pois, teve um objetivo coletivo maior a ser alcançado.

Na comunidade tradicional pomerana a falta de uma política pública de reconhecimento do direito ao falar na língua materna dentro da sala de aula estava ocasionando sérios problemas de ordem social e psíquica às crianças e às famílias. Foram registrados principalmente nas escolas do interior do município alto índice de evasão escolar e reprovações.

7 TAYLOR (2005) analisa até que ponto um Estado Democrático pode propor políticas específicas em uma localidade gerando deveres para os cidadãos e as dificuldades para se apreciar um limite nesse sentido para não ferir a liberdade individual que deve ser resguardado no Estado que é democrático. Em seu estudo é analisado os *francófonos*, os descendentes franceses que habitam a província de Quebec e os povos indígenas que estão espalhados por todo o país. Quebec aprovou várias leis referentes a língua. Uma delas regulamenta sobre a questão de mandar os seus filhos para as escolas ingleses; outra exige que os negócios que envolvam mais de cinquenta empregados sejam realizados em francês.

Os registros dos alunos e das professoras que foram levantados nos estudos de dissertações de mestrado junto ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGE/UFES evidenciam a discriminação e o preconceito que as crianças pomeranas sofriam dentro do ambiente escolar, ambiente este que deveria garantir tratamento igualitário e reconhecer as diferenças era, na verdade, ambiente pernicioso que deixava à margem do convívio escolar a criança que falava e se portava diferente.

Os estudos realizados na tradicional comunidade pomerana demonstrou que há o preconceito linguístico, e que este advém de um preconceito social disfarçado em um discurso que não se torna palpável em melhorias para o ambiente escolar. É fundamental que se busque diminuir as diferenças entre quem fala a língua padrão e os que falam as demais variações linguísticas trazendo-os para o convívio escolar, e que o ambiente escolar ofereça qualidade no ensino para que as crianças não se sintam à margem da sociedade, mostrando-lhes que também são importantes no processo educativo.

A sobrevivência das comunidades tradicionais, dos grupos de minorias, deve ser apresentada em primeiro plano em qualquer política pública que for implementada, mesmo que haja certas restrições de direitos individuais. Somente, assim, haverá a sobrevivência e o respeito à cultura expressa por meio da língua, pois, teve um objetivo coletivo maior a ser alcançado que é dar dignidade às pessoas desses grupos e não deixar que essa diversidade de línguas que existe no Brasil desapareça e o processo de glotocídio cultural continue presente com alto índice em pleno século XXI.

As restrições aos direitos individuais que podem ocorrer nos demais grupos justificam-se no dever da sociedade de proteção e promoção dos bens culturais previsto no artigo 216, § 1º, da CRFB/1988 e na colocação do direito ao patrimônio cultural intangível como exercício dos outros direitos fundamentais como o direito à vida digna e a liberdade de expressão que deve ser garantido a todos os indivíduos, inclusive e principalmente, aos grupos minoritários.

Ao instituir uma educação bilíngue na comunidade tradicional pomerana para fazer inclusão das crianças que estavam sofrendo preconceitos e discriminações que abalava sua vida escolar e social vem cumprir o disposto no artigo 210, § 2º da CRFB/1988 que autoriza o ensino fundamental ser ministrado em língua portuguesa, mas assegura às comunidades indígenas o uso de suas línguas maternas, que por meio da edição do Decreto Federal nº 6.040/2007, a abran-

gência desse artigo estende-se a todas as comunidades tradicionais não só as indígenas⁸.

2 - O DEVER À IDENTIDADE E O RESPEITO CULTURAL: A PRÁTICA CIDADÃ

A partir do texto Constitucional de 1988 a língua materna da comunidade tradicional tornou-se patrimônio cultural e vedou à discriminação por qualquer motivo, ou seja, os seres humanos não poderão sofrer qualquer tipo de discriminação em virtude da sua língua.

O idioma está umbilicalmente ligado ao conceito de cultura, estando incorporado como um elemento que faz parte da essência do indivíduo. O idioma tem relação com a noção de pertencimento à comunidade pelo indivíduo; o direito de expressar em sua própria língua está ligado à noção de identidade.

Nesse contexto, DARCY RIBEIRO (1996, p. 167) assevera que “a língua constitui um dos elementos mais persistentes da cultura; todavia, também, ela reflete forçosamente as experiências vividas pelo grupo”.

Após o marco constitucional, somente em 2007, com a promulgação do Decreto 6.040/2040 foram delineados novos caminhos para o reconhecimento legal ou científico das comunidades tradicionais⁹, o qual passou a dar maior visibilidade e empoderamento para uma jornada de luta por direitos às políticas públicas demarcadas constitucionalmente.

CHARLES TAYLOR (1997, p. 45-46) ao apresentar a política de reconhecimento como fundamental para a capacidade de formar a identi-

8 DECRETO 6.040/2007 – Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais: “Art. 2º A PNPCT tem como principal objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições”; Art. 3º que trata sobre os objetivos específicos: “V - garantir e valorizar as formas tradicionais de educação e fortalecer processos dialógicos como contribuição ao desenvolvimento próprio de cada povo e comunidade, garantindo a participação e controle social tanto nos processos de formação educativos formais quanto nos não-formais”.

9 Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (BRASIL, Decreto 6040, art. 3º inciso I).

dade do indivíduo e o não-reconhecimento ou reconhecimento incorreto, por sua vez, também tem o poder de afetar as pessoas (negativamente), podendo constituir-se até em formas de agressão. De acordo com o autor,

Perante estas considerações, o reconhecimento incorreto não implica só uma falta do respeito devido. Pode também marcar as suas vítimas de forma cruel, subjugando-as através de um sentimento incapacitante de ódio contra elas mesmas. Por isso, o respeito devido não é um acto de gentileza para com os outros. É uma necessidade humana vital (TAYLOR, 1997, p. 46).

JERÔNIMO e VINK (2013, p. 21-50) mostram que é essencial que as instituições e regras dominantes em cada comunidade política reflitam valores que possam ser aceites por todos os cidadãos num quadro de efetiva igualdade cívica. Deste modo, os termos da vida em comum deixariam de ser algo imposto por um grupo aos demais, para ser um projeto cívico partilhado, envolvendo um grau de compromisso e adaptação de todas as partes.

A identidade coletiva definida nestes termos, como identidade cívica, teria a vantagem de ser super inclusiva e não discriminatória, mas parece depositar demasiada esperança nas virtudes do processo democrático e dos seus valores para solidarizar indivíduos com referenciais culturais muito diferentes entre si e assegurar a coesão social em sociedades de imigração.

Há um dever de atuação democrática na proteção e promoção dos bens culturais, o que exige do Estado uma obrigação de implementar políticas públicas que visem preservar o direito cultural à diversidade linguística. Deve o Estado, em diálogo com as comunidades tradicionais, implementar políticas que garantem o reconhecimento através das línguas das comunidades.

Esse reconhecimento vem sendo aprimorado na legislação devido aos debates sobre a diversidade, ao passo que as próprias comunidades têm se levantado para evitar a discriminação e o apagamento das culturas das minorias, principalmente quanto à questão da língua. Isso fez com que em 2008, a UNESCO (Organizações das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) proclamasse o referido ano como Ano Internacional das Línguas.

SANTOS (2001) esclarece que as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Da mesma forma, CANDAU (2005) defende a ideia de que não se deve contrapor igualdade e diferença, pois a igualdade não está oposta à diferença, e sim à desigualdade, e diferença não se opõe à igualdade, mas sim à padronização, à uniformização, à “mesmice”.

O direito à língua é um direito humano e fundamental, e a língua

é um dos elementos determinantes que definem uma identidade e uma cultura de um grupo. Não pode ser negado aos grupos minoritários dessas comunidades tradicionais o direito de terem uma língua identitária.

Não há como falar em direitos culturais linguísticos e em direito fundamental ao patrimônio cultural linguístico se não houver pelo ordenamento jurídico, com a participação de toda a sociedade, o respeito à língua materna e do reconhecimento do direito da comunidade de se expressar de acordo com os valores que afirmam sua identidade cultural.

Atos discriminatórios às minorias devem ser coibidos pelo Estado e pela sociedade que têm o dever de proteger e promover os bens culturais da Nação brasileira. A sociedade brasileira deve trilhar novas formas de ver e respeitar o seu próximo. Ao indivíduo é imposto o dever de amar os diferentes e de criar mecanismos para que todos possam viver em um ambiente digno e de respeito. Ao exigir de uma comunidade que não se expressa na sua língua materna é fazer com que o indivíduo perca sua própria identidade e fira diretamente a dignidade da sua pessoa.

Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e construir uma sociedade livre, justa e solidária são deveres impostos a todos os indivíduos e não há como dar cumprimento e efetividade a esses comandos constitucionais, de natureza pétrea, sem haver restrições de direito individuais e sem a participação e interação de todos.

3 - HISTÓRIA DE NEGAÇÃO, SILENCIAMENTO E DISCRIMINAÇÃO: DIREITO A IDENTIDADE DA COMUNIDADE POMERANA - DIREITO A LÍNGUA – POMERISCH OU POMERANO¹⁰

O preconceito relacionado à cor, religião, questões sexuais e classe social está sempre muito presente nas doutrinas, nos meios de comunicação e nos discursos que há no Brasil. Mesmo sendo inaceitável, é um

10 A língua pomerana é considerada uma língua de imigração. É falada pelos pomeranos em comunidades do Espírito Santo, Minas Gerais, Rondônia, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. No município de Santa Maria de Jetibá-ES é comum ouvir os descendentes de pomeranos se comunicando na língua pomerana em locais como em casa, no comércio, na igreja na lavoura e nas festas das comunidades. Grande parte das crianças aprende a língua oficial (portuguesa) na escola, esse fato se dá principalmente na zona rural do município.

fato social presente na sociedade brasileira. Além do preconceito, existe a chamada intolerância e, ambos, sempre estiveram presentes na sociedade e no meio escolar¹¹.

Todos os tipos de intolerância são inaceitáveis mesmo que sempre é passado como se não existisse, mas é repugnante. LEITE (2008, p. 13) afirma: “Como a intolerância linguística passa quase despercebida pela opinião pública e não provoca sérios abalos sociais, da mesma forma que aqueles provenientes da intolerância religiosa ou política, parece não existir”.

LEITE (2008, p. 13) qualifica a intolerância linguística como agressiva e atinge o cerne das individualidades. Para a autora, a linguagem é o que homem tem mais íntimo e o que representa sua subjetividade: “não é exagero, portanto, dizer que uma crítica a linguagem do outro é uma arma que fere tanto quanto todas as armas”.

As comunidades ou povos que passam pela diáspora¹², como o povo pomerano¹³, tentam manter um elo umbilical com a terra natal e têm

- 11 BAGNO (2002) afirma que o preconceito linguístico é um preconceito social. Atualmente é reconhecido sobretudo por sua militância contra a discriminação social por meio da linguagem. No Brasil, tornou-se referência na luta pela democratização da linguagem e suas ideias têm exercido importante influência nos cursos de Letras e Pedagogia.
- 12 Diáspora significa dispersão dos povos que de forma forçosa ou por ação própria saem de sua terra de origem para efetivar a vida em outras regiões, países ou continentes. Esses povos abandonam seus locais de origem, mas jamais desafeiçoam das origens e tentam manter a cultura na qual nasceram.
- 13 Povo (ou comunidade Pomerana) imigraram e se fixaram no município de Santa Maria de Jetibá-ES. O povoamento desta região foi decorrente do processo de colonização iniciado pelos imigrantes europeus que se instalaram na Colônia de Santa Leopoldina a partir de 1867. A Colônia de Santa Maria foi fundada em 1856 por ordem do governo imperial, pelo Presidente da Província, Dr. José Mauricio Fernandes Pereira de Barros e foi destinada a receber 160 colonos suíços. Em 1859 além dos suíços que se estabeleceram na Colônia de Santa Leopoldina imigrantes holandeses, luxemburgueses, belgas, franceses, alemães de vários estados e pomeranos. O município está localizado na região centro serrana do Espírito Santo a aproximadamente 87 km de Vitória (capital do Espírito Santo) e possui uma área de 735,56 km². É uma região montanhosa, com temperatura média anual de 20° C, apresentando como ponto mais alto a Pedra de Garrafão (1.300m). Apresenta bioma de Mata Atlântica. O município foi criado por meio da Lei Estadual nº 4.067/1988. A maior parte de sua população encontra-se na zona rural, é voltada para a agricultura familiar e possui grande diversidade de produção agrícola. A marcante atividade agrícola é explicada por seus colonizadores: “os pomeranos, um povo camponês”. O povo pomerano, na Europa, tornaram a Província Pomerânia um importante celeiro agrícola. Para se ter uma ideia do valor à cultura, das tradições do povo pomerano, a bandeira do município foi inspirada nas cores da bandeira pomerana, além da arquitetura tradicional, em especial a casa pomerana

o desejo de retornar local de origem, o que para esse povo é impossível, pois a Pomerânia, após a II Guerra Mundial, deixou de existir geograficamente.

Diante desse quadro, o povo pomerano teve que se adaptar e se recriar, tentando manter através da cultura da sua língua, sua religião, seus costumes, e o modo de pensar e viver.

Em 1930, com a nacionalização do ensino, a política de Getúlio Vargas instituiu a proibição da língua alemã, e a obrigatoriedade do uso da língua portuguesa. Porém, mesmo às margens da sociedade, os praticantes da língua pomerana falada, por inúmeras vezes, optaram por estratégias de transgressão ideológica e recusa à opressão, mantendo sua língua materna em diálogos com seus próximos (ROELKE, 1996).

Uma das principais preocupações das famílias pomeranas é a perda da sua língua e a educação dos seus filhos, quando ingressam na escola em que são obrigados a se comunicarem somente em português. Assim, a educação bilíngue que incluía o uso e a valorização na língua materna consistiu um importante modo de salvaguardar as línguas autóctones ameaçadas e fazer com que as crianças e famílias se sentissem participantes de toda a coletividade.

Falar a língua pomerana é atributo para definir a identidade pomerana (HARTUWIG, 2011, p. 84), “Sou pomerana porque falo pomerano” (Diário do Campo, 2009). Nesse sentido, entende-se que “as línguas não são somente um meio de comunicação, mas representam a própria estrutura das expressões culturais e são portadoras de identidade, valores e concepções de mundo”.

Mesmo após o advento da Constituição de 1988, há relatos registrados na história do município que a língua pomerana era proibida nas escolas e havia uma constante fiscalização. HARTUWIG (2011, p. 133). Traz um relato de uma professora pomerana:

Eu e meus alunos tínhamos um combinado. Quando estávamos somente entre nós, na sala de aula, falávamos pomerano. Mas quando alguém da superintendência chegava ninguém falava pomerano, dessa forma eu alfabetizei muitos alunos, inclusive meus filhos (Diário de Campo, outubro de 2010).

HARTUWIG (2011, p. 183) afirma que as narrativas sobre a escolarização dos pomeranos de Santa Maria de Jetibá estão marcadas pela negação e silenciamento da alteridade pomerana e que os proces-

tradicional, cujas paredes são brancas e as janelas, portas e sacadas das varandas são azuis. Atualmente o município é destaque na economia do país e se destaca como maior produtor de ovos de galinha do país.

sos de negação se deram também no plano das representações e no imaginário social¹⁴. Cita-se:

Nunca me esqueci de quanto fui discriminada na escola por ser pomerana, discriminada pelos colegas e pela professora. Os colegas me chamavam de cabelo de fogo, ferrugem, por causa das minhas pintas. A professora ao perceber que eu tinha dificuldades em falar português, me deixou de lado. Ela pedia para todos lerem em voz alta, menos eu. Um dia tivemos a visita de uma supervisora escolar que perguntou quem gostaria de ler. Não perdi tempo, levantei o braço e a supervisora me deixou ler. Li fluentemente. A professora levou um susto, porque ela nem havia percebido que eu sabia ler. E daquele dia em diante ela passou a me dar atenção (Diário de Campo, outubro de 2010).

Esses relatos provam que os pomeranos foram inferiorizados e sofreram discriminação pela incompreensão dos seus costumes e principalmente por falarem outra língua. A discriminação era tão grande que os alunos que falavam pomerano, em decorrência da dificuldade, e por não haver uma didática de reconhecimento, tinham alto índice de reprovação. Assim, há uma configuração do preconceito e da intolerância sofrida por essa comunidade, que aqui denomina-se de preconceito linguístico.

Para evidenciar o processo de discriminação e incompreensão que a comunidade de Santa Maria de Jetibá-ES sofria, de acordo com a dissertação de KRAUSE BERGER (2015, p. 107), em sua pesquisa de campo ficou demonstrado que o processo de emancipação política do município teve como a principal justificativa o choque cultural em que os moradores de Santa Leopoldina inferiorizam os pomeranos do município de Santa Maria de Jetibá-ES:

“Quando nós íamos para Santa Leopoldina nós éramos esculachados, nós éramos considerados pessoas do interior, pessoas que falava tudo errado, pomeranos não tinha valor nenhum, essas coisas. Então eles chacoalhavam da gente” (entrevista de um cidadão contido na dissertação, p. 107).

“[...] Os pomeranos em si não casavam muito bem com os demais e era esse grupo aqui de cima que tinha praticamente todo o mono-

14 LEITE (2008, p. 17) traz em seu estudo sobre os preconceitos “materializados na linguagem”. O preconceito passa a ser um fato bastante vivenciado dentro das instituições de ensino de todo o Brasil por estas refletirem o que ocorre na sociedade.

pólio, e Santa Leopoldina era de uma cultura diferente e havia naquela época, principalmente, um choque de cultura, porque tinham suíços, [...], várias nações juntas e eles não conseguiam se entender com os pomeranos e por isso houve esse sonho de um dia ser separado” (entrevista de um cidadão contido na dissertação, p. 107.

Estudiosos como MIAN (1993), WEBER (1998), SILLER (1999) e TRESSMANN (2005) relatam em seus estudos e denuncia como a cultura e a língua pomerana eram negligenciadas e pomenorizadas no contexto educacional. Eles fizeram a constatação de que as famílias estavam deixando de ensinar a língua pomerana aos seus filhos e filhas por motivo relacionados ao uso dessa língua no período de escolarização devido as grandes dificuldades que enfrentavam as crianças.

Muitas pessoas não ensinaram a língua pomerana a seus filhos, para que os mesmos não sofressem o tanto que os mais velhos em sua educação escolar e na vida cotidiana, onde por muitas vezes foram rejeitados e desvalorizados por serem “diferentes” (Professora Mônica, fevereiro de 2011).

Logo após a emancipação do município que ocorreu em 1988, famílias e professores viram a necessidade de fazer algo pelas crianças, primeiro para evitar as evasões escolares e segundo pelo alto índice de reprovação. Assim, surgiram os primeiros debates e questionamentos.

Em 2004, foi criado o Programa de Educação Escolar Pomerana (PROEPO) com a finalidade de valorizar a língua materna pomerana nas escolas de ensino fundamental. A partir desse marco, diversas outras políticas públicas de reconhecimento foram sendo incorporadas não somente na grade curricular, mas na própria comunidade tradicional e com o envolvimento de toda a sociedade, que começou a implementar políticas públicas, institucionalizadas ou não, que estão garantindo o respeito à cultura e o direito de falar na língua materna.

Das políticas institucionalizadas além do PROEPO, verifica-se a cooficialização da língua pomerana no município¹⁵; a criação do Dicionário Pomerano; o censo linguístico¹⁶ e outras que foram se acomodando no

15 Lei Municipal nº 031/2009 cooficializou a língua pomerana: a partir daí o pomerano passou a ter ao lado do português o *status* de língua reconhecida oficialmente e o município obrigações a assegurar seu uso na sociedade, implementando políticas públicas necessárias ao cumprimento da lei.

16 Em junho de 2009 com a cooficialização da língua pomerana deu-se início ao cen-

meio social por todos os munícipes, por exemplo, vestir traje típico por ocasião da festa Pomerana, enfeitar as vitrines e casas em estilo pomeranos, os ovos de páscoa pintados à mão pelas famílias, cultos religiosos na língua pomerana, programas da rádio na língua pomerana, dentre outras.

É tão presente a cultura pomerana dessa comunidade que existem placas de identificação de edifícios privados e públicos na língua pomerana, além disso os espaços públicos e cartazes de festas também são identificados com a língua. É presente ao transitar nas ruas as pessoas conversando em pomerano, ou seja, o povo mantém presente à sua língua materna, e não cria qualquer ambiente conflituoso com os povos de outras origens, como os afrodescendentes ou outros povos existentes naquele município.

O falar a língua pomerana é um atributo utilizado para tentar definir a identidade pomerana. Nesse sentido, as línguas não são somente um meio de comunicação, mas representam a própria estrutura das expressões culturais, sendo portadoras de identidade, valores e concepções do mundo.

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance (UNESCO, 2002, p. 3).

A língua pomerana para a comunidade do município é o que liga os cidadãos à sua cultura, à sua origem. A não adoção de uma política pública principalmente na escola, é causar um ato de violência contra o ser humano, é tirar-lhe a principal fonte de expressão. Não há como separar a língua materna de uma comunidade do contexto social vivido e, muito menos, do ambiente escolar.

Ao proibir uma criança pomerana de se expressar na sua língua materna e que tem dificuldades de falar o português, e de falar o português de forma correta, é um ato inaceitável e repugnante que não pode ser feito principalmente no ambiente escolar. É ferir a alma, é renegar um ser humano ao convívio social, é criar nessa criança sensação de abandono e de

so linguístico. O Censo realizado pelo IPOL (Instituto de investigação e Desenvolvimento de Políticas Linguísticas e desde 2007 orienta e acompanha o município na sistematização e implementação de políticas públicas que assegurem o fortalecimento da língua pomerana e de seus falantes. É uma sociedade de direito privado, sem fins lucrativos, de caráter cultural e educacional, fundada em 1999, com sede em Florianópolis, Santa Catarina-Brasil) constatou que da abrangência do município que foi feita em 42,65% a população santamariense fala a língua pomerana e é mais usual na zona rural, onde está concentrada a maior parte da população do município.

inferiorização, é desrespeitar por completo a sua dignidade como pessoa.

O professor, ao adotar medidas pedagógicas, fazendo uso da língua pomerana em sala de aula para interagir com essas crianças e para atingir o desenvolvimento na aprendizagem da criança, não cria qualquer restrição de direito individual das outras crianças, mas faz com que haja um ambiente de respeito pelas diferenças e pelo reconhecimento.

As crianças pomeranas ou não, começam a trabalhar no seu íntimo a tolerância e o amor ao próximo, que mesmo sendo diferentes, todos devem se respeitar e aceitar. Assim, professor e alunos estão dando cumprimento aos principais comandos constitucionais que é construir uma sociedade mais justa e solidária, sem qualquer discriminação, pois, todos devem ser tratados de forma igualitária levando em consideração as diferenças de cada um.

A prática pedagógica bilíngue utilizada pelos professores em sala de aula no município é uma política pública que foi implantada com respeito à cultura e às línguas das minorias que sempre ficaram à margem da sociedade. Pode ser afirmado que esse projeto pedagógico, além de ter resultados diretos e importantes na comunidade pomerana, vai além, de resultados cívicos que refletem a toda Nação brasileira.

4 - ANÁLISE DA POLÍTICA PÚBLICA - PROGRAMA PROEPO: UMA EDUCAÇÃO BILÍNGUE EM SANTA MARIA DE JETIBÁ-ES

O programa nasceu das preocupações das famílias e principalmente dos professores para integrar as crianças pomeranas na escola. Os docentes já haviam diagnosticado que as dificuldades de aprendizagem eram decorrentes do uso da língua materna, o pomerano, e muitas crianças deixavam de estudar por se sentirem menosprezadas e inferiorizadas.

O Programa foi implantado, segundo HARTUWIG (2012, p. 148) em 2005, e envolve várias ações, dentre elas: a formação de educadores falantes da língua pomerana para assumirem o ensino das escolas das comunidades pomeranas; a contratação por parte dos órgãos públicos e/ou privados de funcionários e educadores falantes da língua pomerana; a execução de concurso diferenciado para estes educadores; o fortalecimento da cultura e da língua pomerana; a edição de dicionários bilíngues; o ensino interdisciplinar; a cooficialização e regulamentação da língua pomerana; a extensão da carga horária para professores partici-

pantes do PROEPO; a construção de proposta pedagógica diferenciada; a criação do Centro de Educação Pomerana (CEP); entre outros..

No município de Santa Maria de Jetibá, o Programa é organizado de diversas formas, abdicando-se de um modelo único, pelo fato estar se moldando de acordo com as necessidades e possibilidades de cada região. A carga horária pode ser de uma hora semanal, quando ministrada por professor itinerante (professor contratado para atender as escolas em que o professor regente não é bilíngue pomerano/português), ou pelo professor regente que dispõe de tempo integral na sala de aula para trabalhar de forma interdisciplinar nas duas línguas.

Nas séries finais do ensino fundamental são assegurados em lei como disciplina obrigatória na grade curricular e é ofertada por uma hora semanal. Os planejamentos das professoras do PROEPO ocorrem semanalmente na Secretaria Municipal de Educação, às quartas feiras, das 14:00 às 16:00 horas. Os planejamentos ocorrem em duas modalidades, uma semana com os professores da educação infantil e séries iniciais do ensino fundamental e outra semana com as professoras que atuam de 5º a 8º série do ensino fundamental.

Os planos de aula são construídos com base nos conteúdos das diversas áreas de ensino que compõem a proposta curricular do município e também a partir de temas propostos nos diálogos entre pedagogas e professoras da rede municipal.

HARTUWIG (2012, p. 151) cita o depoimento da professora Mônica Gums Raasch que os trabalhos desenvolvidos são feitos de forma interdisciplinar:

O Proeopo trabalha os conhecimentos escolares de forma interdisciplinar na língua pomerana. A carga horária varia: uma aula semanal para as turmas de 5ª a 8ª séries e duas aulas semanais para as turmas de escolas rurais da Educação Infantil às séries iniciais do Ensino Fundamental (Diário de Campo, agosto de 2010).

Atualmente o programa alcançou novas projeções e tem outros objetivos, caracterizando-se com um tipo de programa político e pedagógico que cria estratégias para a preservação e o fortalecimento da cultura e da língua.

O objetivo do projeto é fortalecer e preservar a língua pomerana, resguardando a cultura, porque a porcentagem de crianças que falam o pomerano cotidianamente está diminuindo consideravelmente dia-a-dia. É evidente a redução do número de crianças que

chegam às escolas falando somente o pomerano, como acontecia há alguns anos (Diário de Campo, dezembro de 2011).

Segundo HARTUWIG (2011, p. 155), o PROEPO tem como objetivo geral desenvolver nas escolas públicas um projeto pedagógico que valorize e fortaleça a cultura e a língua pomerana, representadas por meio da língua oral e escrita, danças, religião, arquitetura e outras tradições. A autora traz os seguintes objetivos específicos do Programa:

O Proepo tem como objetivo geral desenvolver nas escolas públicas um projeto pedagógico que valorize e fortaleça a cultura e a língua pomerana, representadas por meio da língua oral e escrita, danças, religião, arquitetura e outras tradições. E os objetivos específicos são: I - Introduzir uma educação intercultural bilíngue (pomerano e português); II- Desenvolver nos alunos a habilidade de leitura e escrita na língua pomerana; III - Compreender a importância da preservação da língua pomerana como veículo de transmissão cultural dos descendentes; IV - Proporcionar aos alunos acesso aos conhecimentos universais a partir da valorização da sua língua materna e saberes tradicionais; V - Valorizar a língua pomerana como elemento fundamental da identidade sócio-cultural no ambiente escolar, promovendo a auto-estima dos alunos; VI - Trabalhar a importância da língua pomerana e o modo de vida camponês como fatores de identidade étnica e cultural

As práticas pedagógicas são desenvolvidas e constantemente construídas e recriadas e os conhecimentos que são trabalhados não são organizados por disciplinas, mas abrangem eixos temáticos como: aspectos da história da cultura pomerana e imigração; aspectos gramaticais da língua (letras do alfabeto, artigos, substantivos, adjetivos, verbos, identidade linguística; identificação pessoal: sobrenome, histórico familiar, partes do corpo; higiene e cuidados com o corpo; cumprimentos; instrumentos de trabalho; plantas medicinais; profissões; cumprimentos: (*moirgen, gundag, gunäwend, guncht*); numerais: cálculos, problemas, unidade, dezena e centena; cores; identidade cultural; moradia; diversos textos sobre o modo de vida camponês.

Afirma HARTUWIG (2012, p. 148) que os depoimentos dos(as) professores(as) pomeranos sobre a experiência de escolarização fazem referência a uma prática apoiada na noção de uma sociedade monocultural, pois tiveram sua cultura e língua negadas. O debate sobre multiculturalismo inserido no contexto de luta por uma educação diferenciada é tomado então, como um campo de luta política e social.

Além dos planejamentos semanais, há os encontros intermunicipais que envolvem todos os municípios que aderiram a essa prática pedagógica bilíngue, que é denominado “Encontrão do PROEPO”. Estes encontros têm por objetivo a troca de experiências, momento em que se expõe as vivências e práticas diárias do trabalho realizado pelos professores. Todos os encontros são orientados, discutidos, planejados e avaliados pelos coordenadores e professores do PROEPO.

A autora HARTUWIG (2011, p. 156), ao avaliar o primeiro Encontrão que aconteceu em Santa Maria de Jetibá-ES, no ano de 2005, textua:

Nessa ocasião pude presenciar o otimismo das professoras em ressaltarem a importância da língua e da cultura pomerana e o quanto estavam felizes em contribuir com a educação de seus alunos rompendo com as formas de dominação e discriminação as quais foram submetidas no período da escolarização.

A referida autora pode presenciar o relato da professora Mônica que disse:

Atualmente pude presenciar o relato da professora Mônica: Já no Magistério fui discriminada por falar pomerano. Fiz o curso de forma semi-presencial e como requisito final precisei apresentar um trabalho oral para os professores. Quando terminei minha apresentação, uma professora disse que o trabalho estava bom, porém o meu sotaque pomerano atrapalhou. Por esse motivo minha nota caiu (Diário de Campo, fevereiro de 2011)”.
✦

E continua a autora (2012, p. 157):

As narrativas abaixo confirmam o fato de que a valorização da cultura pomerana traz inúmeros benefícios, principalmente no que diz respeito à elevação da auto-estima, primordial para o desenvolvimento cognitivo dos(as) alunos(as). Além disso, trouxe contribuições para tornar o ensino significativo, na medida em que considera a cultura do(a) aluno(a) e incentiva a valorização das diferentes línguas. [...] podemos observar que antes do Proeпо as crianças e os adultos tinham receio e timidez em falar a língua pomerana, mas agora percebemos o orgulho e a satisfação que sentem ao perceberem e viverem o conhecimento que eles possuem serem utilizados na escola. Como pedagoga observo que o uso do bilinguismo no cotidiano escolar reforça a auto-estima e a identidade do aluno, fazendo-o

sentir parte integrante do processo ensino-aprendizagem.

O projeto tem contribuído de maneira significativa no processo ensino-aprendizagem dos alunos, uma vez que os mesmos estão mais motivados sentindo-se parte ativa, pois perceberam que a escola é um espaço onde a sua história pode e deve ser vivida [...]. Os pais estão maravilhados com a pronúncia pomerana das crianças, o interessante é que eles repetem o que aprendem para as famílias. Outro dia a mãe de uma aluna de 4 anos, relatou que essas aulas fizeram despertar o interesse de sua filha para outras línguas. Isso foi percebido porque a criança passou a se interessar por Inglês, já que seu pai tem o hábito de estudar essa língua em casa com a ajuda de livros e vídeos.

(Trechos de relatórios de avaliação/monitoramento de pedagogas e diretoras da rede municipal, SECEDU, 2008).

HARTUWIG (2011, p. 151) afirma que o PROEPO se configura como uma iniciativa que rompe com o modelo pedagógico baseado no paradigma da “provação cultural”, no qual o aluno sempre é o problema e a cultura do diferente não se adequa ao padrão hegemônico, que corresponde ao modelo de cultura idealista elitista em que o aluno é visto como o não civilizado e a escola com a tarefa de civilizar acaba excluindo e acentuando o preconceito. Portanto, o PROEPO é uma ação que considera a cultura dos(as) alunos(as) pomeranos(as).

O fator mais relevante desta disciplina é quanto aos conteúdos trabalhados em sala de aula, que não são pensados e impostos por pessoas fora da nossa realidade, como costuma acontecer com outras disciplinas e currículos. Toda a proposta e todo o trabalho realizado em sala de aula é preparado em conjunto pelos professores atuantes e sempre levando em consideração a vivência do aluno. Dando assim sentido àquilo que estamos fazendo (Rejane Berger, Diário de Campo, agosto de 2010).

Segundo HARTUWIG (2012, p. 152), as informações coletadas durante os momentos de planejamento demonstram que o objetivo do PROEPO vai muito além daquilo que está escrito, uma vez que os pomeranos buscam o reconhecimento e garantia de direitos. Muitos relatos denunciam situações de discriminação, negação e silenciamento em experiências de contato com outras culturas.

Por tais razões, entende-se o motivo pelo qual os estudos culturais interpretam a cultura como um conceito estratégico para a afirmação

da diferença e um campo de luta política em torno de significados sociais, nos quais os diferentes grupos sociais, situados em diferentes posições de poder, tentam e lutam para impor seus significados à sociedade em geral para marcar sua identidade (HALL, 2009).

Os resultados do Programa foram tão satisfatórios, inclusive, outras comunidades tradicionais aderiram-no como as comunidades que estão em Domingos Martins, Vila Pavão, Pancas e Laranja da Terra.

Não restam dúvidas que para ocorrer um desenvolvimento de educação intercultural, se faz necessária práticas escolares coerentes com a cultura escolar ou a cultura de referência daqueles membros que formam a comunidade tradicional, ou seja, o reconhecimento do próximo se torna essencial em qualquer implementação de política pública.

Caso um programa dessa natureza não tivesse sido desenvolvido no município e, ainda, se não tivesse sido buscado o reconhecimento da língua pomerana nessa comunidade tradicional, haveria a desconstrução da concepção de cultura como marcadora identitária.

Ademais, deve haver uma compreensão da função cultural da língua materna ao compreender que o ser humano é diferente porque há vida social e, durante a prática da vida social, cria-se uma consciência da sua natureza e do mundo em que se vive¹⁷.

O respeito a língua materna associa-se, inclusive, a forma federativa de Estado devido a questão do pluralismo existente em todo o território brasileiro. A diversidade linguística é um debate que perpassa a questão federal, ao passo que as diferenças internas quanto a identidade dos grupos minoritários se expressa mais fortemente na política local ou regional. Assim, pode o município, como foi o caso de Santa Maria de Jetibá-ES, legislar sobre a matéria.

A instituição de um ensino bilíngue somente será inconstitucional se for identificada uma intervenção desproporcional no âmbito dos falantes da língua oficial. Assim, nem todas as decisões restritivas de direitos são inconstitucionais, uma vez há intervenções necessárias para proteger outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados.

Qualquer norma infraconstitucional que porventura venha a proibir o uso de outras línguas que não a portuguesa, ofenderia o regime

17 Carvalho (2011, p. 23), assim conceituou a função social vinculando as ações e políticas públicas com a finalidade de atender os anseios da sociedade: A função social é o poder que tem o titular do direito de atender, cumprir e desempenhar os vários programas de ações e políticas públicas, com vistas a atender os anseios da sociedade contemporânea, fazendo com que todos sejam beneficiados com a prática e o exercício dos direitos e deveres a cada um pertencente.

constitucional de 1988 violando as garantias constitucionais da diversidade cultural. A proibição do falar na língua materna promoveria intervenções desproporcionais no âmbito de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Uma legislação municipal que venha a reconhecer línguas cooficiais deve ser considerada um importante passo no sentido do reconhecimento da diversidade linguística do Brasil, haja vista que esses grupos, muitas vezes são minorias, talvez não tenham força política para exigir a oficialização de suas línguas no âmbito nacional, o que seria ideal.

CONCLUSÃO

A história linguística do Brasil mostra o aniquilamento e o glotocídio cultural das línguas que foram perpetrados, através de ações políticas, desde a colonização do Brasil. A estimativa relatada pela história é assustadora, e do leque linguístico de 1.078 línguas existentes no território brasileiro foram dizimadas 85% do acervo. Mesmo no século XX 67 línguas desapareceram do Brasil.

A obrigatoriedade do ensino na língua portuguesa e todo o processo de homogeneização que se impôs no território brasileiro demonstra o cenário violento do desrespeito dos agrupamentos culturais que existiram e existem no Brasil.

Somente a partir do texto constitucional de 1988 foi amenizado esse processo deliberado de apagamentos de línguas, quando foi reconhecido o direito ao patrimônio linguístico como direito fundamental inserido nos artigos 215, 216 e 210 e outros correlatos de aplicação por interpretação.

O dever fundamental à coletividade especificadamente quanto à preservação e defesa dos bens que guardem relação com a memória e identidade dos grupos formadores da sociedade brasileira cabe não somente ao Estado, que deve proteger, incentivar e valorizar as manifestações coibindo práticas discriminatórias em relação a elas, mas a toda sociedade, devendo as comunidades tradicionais lutarem pelas políticas de reconhecimento.

O dever fundamental à coletividade está posto de forma expressa no texto constitucional – artigo. 216, § 1º. Da mesma forma, categoricamente, a Constituição de 1988 trata do dever de proteger o patrimônio cultural brasileiro, considerando-o como bem comum da humanidade inserido no artigo 215. Além do mais, a Carta Magna regula que o ensino fundamental será ministrado em língua portuguesa, mas assegura às co-

munidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas nos processos de alfabetização.

Ademais, outros artigos trazem referências à cultura que estão dispostas no artigo 5º, incisos IX, XXVII, XXVIII, LXXIII, artigo 220, parágrafos 2º e 3º como manifestação do direito individual e de liberdade e direitos autorais; artigos 23, 24 e 30 trazem regras de distribuição de competência e como objeto de proteção pela ação popular, artigo 219 como incentivo ao mercado interno para desenvolvimento cultural, artigo 221 como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádios e televisão, artigo 227 como direito a criança e do adolescente e artigo 331 que reconhece aos indígenas a sua organizado social, costumes, língua, crença e tradições.

O direito a cultura e o falar na língua materna encontra guarida de forma expressa nos textos inseridos da Constituição de 1988, entretanto, mesmo se não houvesse o dever imposto ao Estado, à coletividade e às comunidades tradicionais de forma expressa, esse dever seria reproduzido no dever fundamental que sempre deve haver nas ações humanas pautadas na solidariedade e no comunitarismo, e no dever de criar uma sociedade mais justa e solidária, sem discriminação.

Assim, o objeto de estudo que trata sobre o direito cultural e o respeito à língua materna impõe o dever ao Estado, ao cidadão participante de determinada comunidade e toda a coletividade à preservação e o respeito para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ademais, condutas cidadãs são impostas as pessoas que vivem em sociedade e sendo a elevada a cidadania à condição de princípio constitucional material e fundamental de aplicação imediata e de natureza de cláusula pétrea que exprime direitos aos cidadãos e esses tornam-se possuidores de direitos deve exigidos dos mesmos os deveres correlatos que lhe são impostos, principalmente o dever de participação política para implementar, controlar e fiscalizar as políticas públicas que visem resguardar direitos das minorias.

Ao analisar uma política pública que foi implementada no município de Santa Maria de Jetibá-ES, em que foi introduzido o estudo bilíngue nas primeiras séries do ensino fundamental, em que existe uma prática pedagógica de alunos e professores conversarem em pomeranos em sala de aula (principalmente nas escolas do interior), ficou diagnosticado que esse direito e dever não foi imposto de uma cultura sobre outra. Há uma interação de toda a comunidade escolar e os resultados que foram avaliados após o programa bilíngue, quanto ao índice de reprovação e a

evasão escolar, diminuiram consideravelmente.

Na análise do programa que foi feito principalmente na tese de dissertação da Hartwig (2011) ficou diagnosticado que a referida política pública apenas foi implementada no município pela participação direta dos pais das crianças pomeranas e das professoras. Sem esta iniciativa do particular (iniciativa popular) não haveria uma política pública implementada no município de tão grande magnitude do dever ao respeito à cultura e do falar em pomerano.

Nos estudos que são feitos continuamente sobre o Programa PROEPO, desenvolvido em Santa Maria de Jetibá-ES e em outros municípios de comunidade tradicional pomerana, não foram registrados queixas ou perda de direito individual de outros alunos e famílias que pertencem a outro grupo social.

Conquanto, mesmo se houvesse relatos de perda de direitos individuais seria importante a análise do caso tendo por base a ponderação. Quando há conflitos de direitos fundamentais qual deve preponderar? Deve ser buscado meios de proteger e promover a diversidade cultural e, assim, a dignidade da pessoa humana. A identidade tem relação com o direito linguístico, na medida em que é por meio da língua que se transmite a identidade, as experiências e a cultura da comunidade tradicional.

Não só o texto Constitucional de 1988, mas nos tratados internacionais veda de forma expressa a discriminação por qualquer motivo, inclusive a da língua. Todos os serem humanos tem direito a um idioma que se desdobra em outros direitos fundamentais, como o da liberdade de expressão ou o direito à educação.

A proteção do direito linguístico é patrimônio cultural brasileiro tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, logo, cabe não somente ao Estado e a comunidade tradicional, mas a toda a coletividade respeitar o falar em língua materna das comunidades tradicionais, mesmo que de certa forma haja uma restrição ao direito individual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ARNAUDO, M. F.; CORBELLA, V. *Análisis de la potencialidad de Monte Hermoso para lograr el desarrollo local a partir de bienes culturales*. Revista de Investigación

en Turismo y Desarrollo Local, Málaga, Espanha, v. 6, n. 15, dez. 2013 p. 1-11.

BAGNO, Marcos. **Preconceito lingüístico – o que é, como se faz.** 15 ed. Loyola: São Paulo, 2002.

BERGER, Rosa Elena Krause. **Federalismo Brasileiro e Emancipações. O caso de Santa Maria de Jetibá-ES.** 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Barra Livros, 2016, p. 129, 132.

BESSA FREIRE, José Ribamar. **Da língua geral ao português: para uma história dos usos sociais das línguas na Amazônia.** Tese de Doutorado em Literatura Comparada apresentada ao Programa de Pós-graduação em Letras Orientador Professor Ivo Biasio Barbieri UERJ, 1º Semestre de 2003.

BESSA FREIRE, José Ribamar; ROSA, Maria Carlota. **Línguas gerais: políticas lingüísticas e catequese na América do Sul no período colonial.** Rio de Janeiro: Editora Uerj, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição [da] República Federal do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto 6.040/2007.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **A operação eleitoral: Atores e momentos.** In: MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernando Dias de Menezes (orgs.). Direito eleitoral em debate: Estudos em homenagem a Cláudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45-46.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito constitucional e teoria da constituição**, 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 527-29.

CARVALHO, Francisco José. Teoria da Função Social do Direito. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23.

CASTILHO, M. A. de; ARENHARDT, M. M.; LE BOURLEGAT, C. A. **Cultura e identidade: os desafios para o desenvolvimento local no assentamento Aroeira, Chapadão do Sul, MS.** Interações: Revista Internacional de Desenvolvimento Local, v. 10, n. 2, jul./dez. 2009, p. 159-69.

CAUDAU, Vera Maria. **Sociedade multicultural e educação: tensões e desafios.** In: CANDAU, Vera (Org). Culturas e educação: entre o crítico e o pós-crítico. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. 1948. USP, 2017.

DENHARDT, Robert B.; DENHARDT, Jane Vinzant. **The New Public Service: Serving, not Steering.** New York: M.E. Sharpe, 2003, p. 175.

DIÁRIO DO CAMPO 2009, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. MARTIN, Leonardo, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 3ª Edição. Ver. Atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 337.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental.** 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 39.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 12. Ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 39.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HARTUWIG, Adriana Vieira Guedes. **Professores(as) Pomeranos(as): Um estudo de caso sobre o Programa de Educação Escolar Pomerana – Proepo.** Dissertação do mestrado junto a UFES. 2011, pp. 84, 133, 148, 151, 152, 155, 156, 157, 183.

INNES, J. and BOOHER, D.E. (2004) **Reframing Public Participation: Strategies for the 21st Century.** Planning Theory and Practice, 5, p. 419-436. <http://dx.doi.org/10.1080/1464935042000293170>.

Inventário de Língua Guarani. Disponível. <https://guaranimbya.wordpress.com/2011/07/13/376/> Acesso em 20/11/2018.

JERÓNIMO, P., & Vink, M. (2013). **Os múltiplos de cidadania e os seus di-**

reitos. In Marina Costa Lobo (coord.), Portugal e a Europa: Novas Cidadanias. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 21-50.

LEITE, Marli Quadros. **Preconceito e intolerância na linguagem.** São Paulo: Contexto, 2008, p. 13 e 17.

LOPES, João Teixeira. **Da democratização da cultura à democracia: Uma reflexão sobre as políticas culturais e o espaço público.** Porto, Profedições, 2006, p. 249-50.

MIAN, Bernadete Gomes. **Educação de filhos de imigrantes alemães no Espírito Santo: um processo pouco explorado.** Dissertação de mestrado em Educação, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória-, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Notas sobre a cultura, Constituição e direitos culturais,** in revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVII, N. 1 E 2, 2014, p. 92.

NABAIS, J. C. **Por uma liberdade com responsabilidade.** Coimbra: Coimbra, 2007, p. 249-50.

NAVARRO, Eduardo de Almeida. **O último refúgio da língua geral no Brasil.** Estud. av. [online]. 2012, vol.26, n.76, p. 245-54. ISSN 0103-4014.

RAMLOW, Leonardo. **Conflitos no processo de ensino-aprendizagem escolar de crianças de origem pomerana: diagnóstico e perspectiva.** Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **Culturas e línguas indígenas do Brasil.** Educação e Ciências Sociais, Rio de Janeiro: 1996. v. 2, n. 6, p. 167.

RODRIGUES, Aryon Dall'Igna. **As línguas gerais sul-americanas.** PAPIA: Revista Brasileira de Estudos Crioulos e Similares, São Paulo, v. 4, n. 2, 1983, p. 37.

RODRIGUES, José Honório. **A vitória da língua portuguesa no Brasil colonial.** Humanidades, vol. 1, n. 4. Brasília, 1983.

RÖLKE, Helmar Reinhard. **Descobrendo raízes: aspectos geográficos, históricos e culturais da pomerânia.** Vitória: UFES, 1996.

SANT'ANA, Adriano; DUQUE, Bruna Lyra. **Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas.** In: Revista de Direitos Fundamentais e Demo-

cracia, Curitiba, v. 14, n. 14, jul/dez de 2013, p. 148.

SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, Joao Arriscado. Introdução: **para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. Disponível em <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/res/pdfs/IntrodMultiPort.pdf> Acesso em 20 de junho de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. Contexto Internacional**. Rio de Janeiro. V. 23, n. 1, jan/jun, 2001. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em 2 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200, p. 9.

SILLER, Rosali Rauta. **A Constituição da subjetividade no cotidiano da Educação Infantil**. Dissertação (mestrado em Educação), Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória-ES, 1999.

SIMÕES, Sandro Nery. FABRIZ, Dauray Cesar. **O Dever Fundamental de Preservação do Meio Ambiente Cultural e a Liberdade**. Disponível em www.derechocambiosocial.com. ISSN: 2224-4131. 2015. P. 8-10, 9-10, 14-15. Acesso em 05 de maio de 2018.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Cidadania cultural e direito à diversidade linguística: a concepção constitucional das línguas e falares do Brasil como bem cultural**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, junho/2008, p. 88.

TASSO, I., and NAVARRO, P., orgs. **Produção de identidades e processos de subjetivação em práticas discursivas** [online]. Maringá: Eduem, 2012. p. 245-254 ISBN 978-85-7628-583-0. Available from SciELO Books.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: Examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Piaget, 2005, p. 45-46.

TRESSMANN, Ismael. **Da sala de estar à sala de baile - Estudos etnolinguísticos de comunidades camponesas pomeranas do estado do Espírito Santo**. 2005. Tese (Doutorado em Estudos Linguísticos) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Museu Nacional, Rio de Janeiro, 2005.

UNESCO. Declaração Universal dos direitos linguísticos. Disponível em: <<http://unesco.pt>>. p. 3. Acesso em 01/04/2018.

UNESCO. Relatório Mundial da Unesco: **Investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural** – Resumo. Paris, 2009. Disponível em: <<http://www.observatodiodiversidade.org.br>>. Acesso em 20 de set. 2018.

USP, 2017. Ata final da IX Conferência Internacional Americana.

WEBER, Merklein Gerlinde. **A escolarização entre descendentes pomeranos em Domingos Martins**. 1998. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 1998.



DA UTILIZAÇÃO DO GARANTISMO COMO FORMA DE FORTALECER OS DIREITOS SOCIAIS: A POLÍTICA PÚBLICA DO §5º, ARTIGO 40 DA LEI 8.666/93 COMO EXEMPLO

ADRIANO SANT'ANA PEDRA¹
PAULO HENRIQUE RESENDE MARQUES²

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o equívoco na banalização em se ponderar direitos fundamentais constitucionalmente previstos sob a justificativa de se estar, em verdade, ponderando princípios.

Para isso serão mostrados dois modelos de constitucionalismo, um denominado de principialista e outro de garantista, este último, de matriz positivista, combate considerar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República como princípios que podem ser relativizados, assim como, a utilização de normas vagas e abertas como uma verdadeira fonte legislativa por parte dos juízes.

Essa análise será necessária para que se possa fazer a relação entre direitos sociais versus os direitos que protegem o mercado, quais sejam, propriedade e liberdade de contratar. Isso porque, em um modelo de economia neoliberal, a ponderação de princípios, combatida pelo garantismo, pode levar a não regulação efetiva dos direitos sociais por parte do

-
- 1 Doutor em Direito do Estado (PUC/SP), mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), mestre em Física Quântica (UFES). Realizou pós-doutorado no Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV (conceito CAPES 5), e um dos líderes do Grupo de Pesquisa "Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais" deste PPGD. Também é professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública – Mestrado Profissional - da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (conceito CAPES 3). Professor do Curso de Direito da FDV, membro da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL), da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC) e Procurador Federal.
 - 2 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV, mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Analista administrativo do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Advogado.

Estado em prol do poder do mercado, a partir do momento em que, num “balanceamento de princípios”, prevaleça os interesses desse mesmo que em prol de direitos fundamentais.

Assim, o artigo examinará uma alteração recente na Lei de Licitações (8.666/93) (§5º, artigo 40³); através de um método dedutivo, utilizando o modelo constitucional garantista de Luigi Ferrajoli como premissa maior, será justificada a validade daquele dispositivo legal, pois é uma forma de dar efetividade ao direito ao trabalho, constitucionalmente previsto.

Tal medida é uma verdadeira política pública efetivada por meio da Lei de Licitações, conforme será exposto no decorrer do artigo.

1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM UM CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Deve ficar claro, de início, que várias são as diferenças entre o constitucionalismo garantista e o principialista, porém o vetor deste artigo será a distinção no modo de configurar os direitos fundamentais previstos na Constituição (como princípios ou como regras).

Luigi Ferrajoli diferencia duas categorias de constitucionalismo, uma denominada de principialista (combatida por este autor) e outra de garantista. A distinção entre ambas que será focada neste estudo é que aquele trata os direitos fundamentais constitucionalmente previstos como princípios sujeitos à ponderação, já estes tratam os direitos fundamentais como efetivas regras:

A primeira orientação [principialista] caracteriza-se pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial. A segunda orientação [garantista], entretanto, caracteriza-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não de todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras [...]. (FERRAJOLI, 2012, p. 18-19)

3 “§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento”.

O grande problema no modelo principialista está na possibilidade de se permitir a ponderação, e a consequente relativização, de direitos fundamentais, além disso, leva a uma postura dos juízes como efetivos legisladores, a partir do momento em que estes criam normas nos casos concretos com base em princípios extremamente vagos e abertos.

Esses direitos fundamentais, então, devem ser tratados como normativamente fortes, de modo a vincular tanto o legislador na elaboração de regras gerais e abstratas, sob pena de invalidade destas, como os juízes na decisão de situações específicas.

Não está se falando que Ferrajoli ignora a existência de princípios. Para ficar mais claro, devemos separar o que ele chama de princípios diretivos dos princípios regulativos. Aqueles seriam “normas que formulam valores ou objetivos políticos [...] sem que deles sejam configuráveis atos específicos de violação ou de observância” (FERRAJOLI, 2015, p. 120).

Já os regulativos “exprimem expectativas específicas e determinadas, às quais correspondem limites ou vínculos, isto é, garantias consistentes nas relativas proibições de lesão e obrigações de prestação” (FERRAJOLI, 2012, p. 38). Aqui se encontram, basicamente, os direitos fundamentais, de observância sempre obrigatória.

Os direitos sociais, por sua vez, estariam na intermediação entre os princípios diretivos e os regulativos, isto porque, ao mesmo tempo em que suas regulamentações são vinculantes, são diretivos na forma e no quantum desta regulamentação (FERRAJOLI, 2012, p. 39).

Veja-se agora o porquê de os princípios regulativos poderem ser abordados como efetivas regras no que toca ao critério de subsunção na aplicação. Utilizando o princípio da privacidade, por exemplo, pode-se invalidar uma norma do Poder Legislativo ou um ato de um particular que o viole, pois é de observância obrigatória, ou seja, através de um raciocínio silogístico pode se aplicar os princípios, semelhantemente ao que se faz com as regras.

Mas o que fazer nos casos de conflitos de princípios reguladores, ou seja, no caso de conflitos de direitos fundamentais constitucionalmente previstos? Por exemplo: liberdade de expressão versus direito à privacidade.

Ferrajoli entende que nesses casos não estamos diante de ponderação de princípios, mas sim, de um balanceamento de fatos. Direitos fundamentais não devem ser ponderados, o juiz, ao fazer uma análise dos fatos, aplicará o direito adequado ao caso:

o juiz não pondera as normas sobre circunstâncias agravantes e atenuantes, ou as normas incriminadoras e as que preveem uma excludente, ou as normas sobre liberdade de imprensa e aquelas sobre o direito à privacidade. Tampouco, como afirma Alexy, extrai as regras que irá aplicar da ponderação dos diversos princípios que estão por trás delas. Ele pondera, porém, as diversas circunstâncias fáticas que justificam a prevalência das agravantes ou das atenuantes, ou mesmo as características do fato que justificam, ou não, a aplicação de uma excludente, ou ainda se o fato constitui um legítimo exercício da liberdade de imprensa ou uma violação da intimidade de outrem. (FERRAJOLI, 2015, p. 135)

Sem dúvida que ponderar os fatos para no caso concreto aplicar um direito fundamental (princípio regulativo) possui forte semelhança com ponderar princípios no caso concreto, pois a partir do momento em que este balanceamento ocorre a partir de uma situação específica não está se valorando abstratamente os direitos fundamentais, mas sim, em uma situação concreta, ou seja, um direito não seria, genericamente, superior a outro, dependeria dos fatos.

A questão é que trabalhar com ponderação de direitos fundamentais no caso concreto, ao invés de sua aplicação conforme a interpretação dos fatos são estilos diversos, sendo que aquele levaria a uma relativização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, o que não é aceito em um constitucionalismo garantista.

Isso porque a partir do momento em que se permite a ponderação de direitos se está valorando-os, o que não seria uma conduta válida aos juízes, sob pena de um excesso de ativismo judicial, principalmente nas hipóteses em que esses, a pretexto de interpretar princípios vagos e abertos, acaba por criar verdadeiras normas jurídicas não editadas pelo Poder legítimo, qual seja, o Legislativo:

Podemos falar de um nexos entre democracia e positivismo jurídico que se completa com a democracia constitucional. Este nexos entre democracia e positivismo geralmente é ignorado. Entretanto, devemos reconhecer que somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica está em grau de democratizar tanto sua forma quanto os seus conteúdos. (FERRAJOLI, 2012, p. 23)

Percebe-se semelhança, aqui, com a crítica à ponderação de princípios feita por Jürgen Habermas (embora haja divergências entre este e Ferrajoli, como, por exemplo, a separação entre direito e moral), isto por-

que, esse filósofo alemão argumenta que diante das chamadas “colisões” não se deve fazer balanceamento de princípios, mas sim, achar aquele que se adeque ao caso concreto, sem realizar análise valorativa de direitos:

Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. [...]

Tais normas encontram a sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. (HABERMAS, 2010, p. 322)

É exatamente essa análise de custos e benefícios dos direitos mencionada acima que deve ser evitada em uma democracia que pretenda que a soberania seja do próprio Estado e não do mercado, ou seja, em uma democracia que não pondere os direitos fundamentais em prol da vontade deste. Tema do capítulo seguinte.

2 - DA RELAÇÃO ENTRE MERCADO E RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como exposto por Alexandre Morais da Rosa, diante do atual estágio de predominância do neoliberalismo, o direito passa a ser um instrumento do mercado para legitimação de raciocínios pragmáticos de custo-benefício a favor deste (ROSA, 2012, p. 135), fazendo com que haja uma prevalência de princípios que vão ao encontro dos interesses do mercado.

É como se houvesse dois direitos fundamentais superiores a todos os outros, qual sejam: propriedade e liberdade contratual. O autor acima menciona um movimento surgido na Universidade de Chicago, no início da década de 60 do século anterior, denominado de Análise Econômica do Direito, pelo qual se objetiva aplicar as ideias da Ciência Econômica na aplicação do Direito (ROSA, 2012, p. 136). Por essa abordagem, seria necessário superar a ideia de Bem-Estar Social, ou seja, de um Estado interventor no mercado.

Para combater essa soberania do mercado frente ao Estado que Alexandre Morais da Rosa busca aplicar a ideia de constitucionalismo garantista, evitando que prevaleça a eficiência do mercado sobre direitos fundamentais:

as coordenadas de validade perdem sua pertinência material para se transformarem eficientemente conforme o caso. Dito de outro modo: para o discurso eficiência, o qual desconhece os Direitos Fundamentais, não há condições de fazer barreira, dado que a exceção econômica prepondera sempre. O critério de validade do conteúdo das decisões deixa de ser Estatal. Desloca-se para o Mercado cambiante, no qual não existe validade, a priori. (ROSA, 2012, p. 145)

Em um modelo garantista, a partir do momento em que a Constituição prevê uma série de direitos sociais, eles devem efetivamente serem respeitados, pois sua regulamentação é vinculante; como já mencionado acima ela é obrigatória, ao contrário da forma de sua regulamentação que está equiparada aos princípios diretivos. Obviamente que uma regulamentação deficitária é equiparada à própria não efetivação desses direitos.

Desde modo, não caberia um não cumprimento dos direitos sociais em prol do desenvolvimento econômico, não sendo possível relativizar esses direitos em nome da liberdade de contratar e do direito à propriedade.

A realização desses direitos sociais não é uma discricionariedade do Poder Legislativo, mas um ato vinculado deste, pois fundamentado em normas constitucionais de observância obrigatória por aquele Poder. A não execução desses direitos geraria as denominadas antinomias, mesmo que em prol do desenvolvimento econômico (cabe deixar claro que “não se devem confundir os custos econômicos e as óbvias dificuldades de fato na satisfação dos direitos sociais com as antinomias de direito entre os direitos” (FERRAJOLI, 2012, p. 63)).

Não está se falando aqui em ignorar o direito fundamental de propriedade e de liberdade de contratar (registra-se que o autor citado acima menciona que no garantismo aquele direito não necessariamente é um direito fundamental, por ser disponível e excludente (ROSA, 2012, p. 140)), mas sim, em não permitir que estes acarretem uma verdadeira soberania do mercado de modo a impedir a efetivação de outros direitos fundamentais, em especial os direitos sociais.

Assim, este artigo defende uma necessária intervenção considerável do Estado na economia, com o objetivo de não proporcionar uma hegemonia do mercado.

2.1 - DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA COMO FORMA DE EFETIVAR DIREITOS SOCIAIS

Alexandre Ditzel Faraco diferencia o direito concorrencial da regulação. Esta última “restringe o âmbito de liberdade do agente econômico. Substitui a escolha privada em relação a certas variáveis econômicas – como preço, quantidade, diferenciação e investimento – por uma decisão estatal” (FARACO, 2013, p. 09-10). Já o direito concorrencial está voltado ao regramento dentro de um círculo de escolhas por parte do particular.

Jacques Chevallier argumenta a necessidade de o Estado, no interesse da atividade econômica, tanto assegurar a concorrência, como regulá-la (CHEVALLIER, 2007). O Estado deveria intervir em três aspectos: proteção da propriedade, da liberdade contratual e na regulação da concorrência:

O mercado precisa de regras jurídicas que busquem preservar seus elementos constitutivos – regras jurídicas garantindo a propriedade privada, a liberdade contratual e também o jogo da concorrência. E a emissão dessas regras requer a intervenção do Estado. Direito e Estado são, portanto, constitutivamente presentes na ordem concorrencial. Esta ordem não é concebível sem sua mediação. (CHEVALLIER, 2007, p. 134)

A intervenção principal está no terceiro aspecto (regulação da concorrência), haja vista que, em tese, o não fazer do Estado protegeria a liberdade contratual e a propriedade (pelo menos no que se refere a atos de interferência do próprio poder público).

Fato é que está intervenção deve ir muito além da proteção dos três aspectos acima; ela deve impedir, como já exposto, que o poder econômico leve a uma relativização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Há, então, que se diferenciar a “proteção da livre concorrência”, “regulamentação da livre concorrência” e a “exclusão da livre concorrência” (CHEVALLIER, 2007, p. 136-137). Enquanto a proteção visa garantir a concorrência em si, a regulação vai além, utiliza-se a concorrência para efetivar outros fins, como os direitos sociais.

Jacques Chevallier cita como exemplo a utilização de critérios de proteção ao meio ambiente como uma das formas de definir o vencedor de um procedimento licitatório (CHEVALLIER, 2007, p. 137). Assim, já podemos abordar a política pública relacionada a licitações escolhida por este artigo.

2.2 - DA POLÍTICA PÚBLICA PREVISTA NO §5º, ARTIGO 40 DA LEI 8.666/1993

Dispõe o §5º, artigo 40 da Lei 8.666/1993 que:

§ 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.

Tal ato normativo foi regulamentado pelo Decreto nº 9.450 de 24 de julho de 2018 em que traz a necessidade de previsão em editais de licitação, de serviços acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), que a contratada possua mão de obra formada por presos ou egressos do sistema prisional, sendo 3 a 6%, a depender da quantidade de funcionários necessários para execução do contrato (caput do artigo 5º c/c inciso I ao IV do artigo 6º).

Nota-se, então, uma implementação do direito social ao trabalho, a partir do momento em que obriga as empresas a contratarem presos/egressos (caso queiram participar de determinados procedimentos licitatórios).

Tal medida visa dar efetividade ao, dentre outros direitos fundamentais previstos, direito social ao trabalho (caput do art. 6º da Constituição), pois estamos diante de um grupo (presos e egressos do sistema carcerário) que sem uma intervenção estatal dificilmente conseguiria angariar o preenchimento de postos de trabalho, fazendo com que o Estado conceda sanções premiais (os presos não estão submetidos a encargos trabalhistas, embora os egressos estejam) ou fixe verdadeiras obrigações para que se possa participar de certos atos, como competir em licitação de determinados serviços.

A previsão legislativa acima, então, vai ao encontro da busca do pleno emprego, sendo que “na criação e aplicação de políticas econômicas deverá o Estado preocupar-se em proporcionar o pleno emprego, situação que seja, na medida do possível, aproveitada pelo mercado a força de trabalho existente na sociedade” (TAVARES, 2006. p. 209).

Sérgio Muylaert, citado por André Ramos Tavares, registra que pelo art. 7º da Constituição da República:

recompõe-se o núcleo forte do tema constitucional econômico a lembrar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art.º, inc. IV), cujo teor não pode estar dissociado da ideia de ordem econômica e financeira para situar-se, sob a categoria de princípio programático-

-teleológico, como preceito determinante da busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII). (MUYLAERT apud TAVARES, 2006, p. 212)

Carolina Zancaner Zockun (2010, p. 206-207) lista as passagens em que a Constituição da República expressamente se refere ao “trabalho” (em um total de doze, pode-se mencionar como principais: fundamento da República – art. 1º, V –, direito social – caput do art. 6º – e fundamento da ordem econômica (valorização do trabalho humano) e princípio desta (busca do pleno emprego) – art. 170, VIII) fazendo a observação da complexidade do Estado concretizar esse direito social, pois ao mesmo tempo em que não é prioritariamente um empregador, não pode impor aos particulares a obrigação de empregar (ZOCKUN, 2010, p. 209).

Esta autora lista, assim, as formas pelas quais o poder público pode cumprir o dever correspondente ao direito social ao trabalho:

(i) Instituir políticas públicas que valorizem o trabalho e almejem a busca do pleno emprego; (ii) manter e ampliar a atuação dos denominados “bancos de empregos”, para auxiliar o trabalhador a encontrar um posto de trabalho decente; (iii) assegurar a percepção do seguro-desemprego àqueles que preencherem os requisitos legais; (iv) oferecer gratuitamente cursos de reciclagem, formação e profissionalização, para que o cidadão possa ser inserido no competitivo mercado de trabalho; e (v) criar “frentes de trabalho” sempre que o interesse público assim o exigir, objetivando minimizar a precariedade em que se encontram os grupos sociais hipossuficientes. (ZOCKUN, 2010, p. 214)

Em um Estado orientado por um constitucionalismo garantista, o poder público poderia ir além das medidas acima para realmente concretizar tal direito; sem dúvida que as sugestões citadas são relevantes, principalmente o oferecimento de cursos públicos e a criação de “empregos” pelo próprio Estado.

Porém deve-se considerar a hipótese de o Estado impor contratações pelas empresas, obviamente que em determinados casos e sob certas condições, como feito pela 5ª, artigo 40 da Lei 8.666/1993, ao condicionar a participação em determinadas licitações à utilização de mão de obra carcerária.

Robert Alexy, conforme será mostrado na citação abaixo, entende pela impossibilidade de o Estado impor ao particular o preenchimento de postos de trabalho, sob pena de violação aos direitos fundamentais da propriedade e dos meios de produção:

En un sistema de economía de mercado, el Estado puede disponer sólo limitadamente del objeto de este derecho. Si quisiera satisfacer el derecho de todo desempleado a un puesto de trabajo, tendría o bien que dar ocupación a todo o desempleado dentro del marco de la administración pública existente o limitar y hasta eliminar la disponibilidad de los puestos de trabajo por parte de la economía privada. [...] Lo segundo conduce o bien a una amplia reducción de la capacidad de decisión de la economía privada o a su eliminación. Pero, esto significa, entre otras cosas, una intervención en los derechos fundamentales de quienes disponen de la propiedad de los bienes de producción. (ALEXY apud ZOCKUN, 2010, 209)

Não está se querendo negar, aqui, que a autora acima (Carolina Zancaner Zockun) menciona, expressamente, a possibilidade de o Estado condicionar o recebimento de “incentivos econômicos, creditícios e tributários à manutenção ou expansão de postos de trabalho. Neste caso, todavia, o concreto usufruto destes benefícios estará condicionado ao juízo de conveniência e oportunidade do particular” (ZOCKUN, 2010, p. 209).

Acontece que no caso do §5º, artigo 40 da Lei 8.666/1993 não se trata de mero recebimento de incentivos em troca de alocação de certa mão de obra por parte das empresas, mas sim, de condicionar que possa concorrer com outras empresas em procedimentos licitatórios.

Temos, então, que não se deve, em um modelo constitucional garantista, deixar de regulamentar adequadamente o direito social ao trabalho em troca do atendimento aos interesses do mercado, até porque “a propriedade, por ser excludente e disponível, mostrou Ferrajoli, não atende à definição de Direito Fundamental” (ROSA, 2012, p. 140).

Não se pode esquecer, também, que certas medidas econômicas que vão ao encontro dos interesses sociais muitas vezes podem gerar o crescimento da economia, além disso, a imposição para participar de licitações analisadas no caso concreto pode gerar até mesmo uma redução de custos às empresas, pois presos não geram encargos trabalhistas.

Percebe-se, claramente, que estamos diante de uma implementação de uma política pública por meio da Lei de Licitações, indo ao encontro, inclusive, do próprio artigo 3º desse diploma normativo que prevê a promoção do desenvolvimento nacional como um dos objetivos da licitação.

Essa previsão é decorrente de uma alteração legislativa na Lei de Licitações, no ano de 2010, antes dessa modificação eram apenas dois os objetivos previstos no artigo 3º desta Lei, quais sejam, “garantir a observância do

princípio constitucional da isonomia” e “seleção da proposta mais vantajosa”.

Edgar Guimarães e Carolina da Rocha Franco, em artigo que abordam o controle das políticas públicas por meio das licitações, observam a relação entre a efetivação de políticas públicas por meio dos procedimentos licitatórios e a previsão legal de promoção do desenvolvimento nacional através da licitação:

as licitações públicas representam exemplo de instituto jurídico incrementado a partir da sua nova finalidade de realizar o desenvolvimento nacional sustentável, fazendo com que a Lei nº 8.666/93 passasse a regular não apenas a transação comercial entre particular e Administração Pública, mas a concretização de políticas públicas com reflexos perante toda a sociedade. (GUIMARÃES e FRANCO, 2014, p. 128)

Tem-se que compreender, então, que quando o Poder Público realiza um procedimento licitatório não se deve limitar a buscar o menor preço e garantir a participação isonômica de todos os licitantes; No exemplo escolhido neste trabalho, ela está sendo utilizada, também, para dar efetividade ao direito social ao trabalho.

Os autores acima defendem que a lei de licitações seria não só mecanismo de efetivação como, também, mecanismo de controle de políticas públicas: “o processo licitatório funciona, além de instrumento para implementação da política pública, como forma de controle de metas e de objetivos das políticas aplicadas” (GUIMARÃES e FRANCO, 2014, p. 132).

Adotando isso ao §5º, artigo 40 da Lei 8.666/1993 tem-se que o controle nesse caso seria perceber, a longo prazo, se houve um efetivo aumento na contratação de mão de obra de egressos do sistema carcerário, seja por empresas que necessitavam participar de determinados procedimentos licitatórios que exigia tal mão de obra, seja, até mesmo, por outras empresas sem contratos com o poder público (em razão de realização de uma cultura na contratação desse tipo de mão de obra por meio da referida política pública).

CONCLUSÃO

Pelo exposto acima, podemos concluir pela necessidade de se abandonar a ideia de aplicação ponderada de direitos fundamentais, sob a equivocada justificativa de se estar ponderando princípios.

Essa relativização, em um modelo econômico como o atual, pode

levar a arbitrariedades na aplicação do direito, a partir do momento em que ignora a existência de direitos fundamentais sociais em benefício da vontade do mercado.

Assim, é necessário que os direitos sociais sejam vistos como normativamente fortes, realizando uma verdadeira vinculação do Poder Legislativo na implementação destes, sob pena de caracterização das antinomias.

Nesse contexto, devem ser vistas como louváveis medidas semelhantes à prevista no §5º, artigo 40 da Lei 8.666/93, pois através de uma intervenção justificada do Estado na economia, realiza-se uma verdadeira implementação de política pública. Por meio de uma regulação da concorrência em licitações, está sendo dada maior efetividade a um direito social, no caso, direito social ao trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Moraes da Costa. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133-151, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49829>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 9-41, out./dez. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução: Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

_____. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Org. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Luiz Lenio, TRINDADE, André Karam. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

_____. **Garantismo**: uma discussão sobre o direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

GUIMARÃES, Edgar; FRANCO, Caroline da Rocha. Controle das políticas públicas por meio das licitações. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 127-134, jul/set. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Org. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Luiz Lenio, TRINDADE, André Karam. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2 ed. São Paulo: Método. 2006.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. A intervenção do Estado na ordem social e o direito do trabalho. In **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social**. Org. ADRI, Renata Porto; SPARAPANI, Priscila. Belo Horizonte: Fórum. 2010.



EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A TEORIA TRANSCONSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE ENTRELACEMENTO ENTRE ORDENS JURÍDICAS

PÉRICLES STEHMANN NUNES¹
JOSÉ FRANCISCO DIAS DA COSTA LYRA²

INTRODUÇÃO

O artigo parte da existência de uma sociedade mundial, a partir da globalização, fortalecendo-se a ideia de que, embora os Estados não possam afastar o direito constitucional clássico, o constitucionalismo abre-se para esferas além do Estado, não propriamente porque surjam outras Constituições (não estatais), mas sim porque os problemas constitucionais, especialmente os referentes aos direitos fundamentais, perpassam, simultaneamente, ordens jurídicas diversas, que atuam, entrelaçadamente, na busca de soluções, para a efetivação dos direitos fundamentais.

Este trabalho utiliza-se do método dialético, pela a análise das interações entre os fenômenos, da contradição e da transformação, possibilitando uma interpretação dinâmica e contextualizada da realidade (PRODANOV; FREITAS, 2013). No tocante aos procedimentos metodológicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, explorada a partir da técnica da análise de conteúdo, incluindo análise empírica de casos práticos a interpretação referencial (BARDIN, 1979).

Ainda, o artigo tem como objetivo apresentar a teoria transconstitucional de Marcelo Neves, desvinculando a noção de direito constitucional do constitucionalismo clássico, ou seja, de um conceito

-
- 1 Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* Santo Ângelo/RS. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). E-mail: periclesn@gmail.com;
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Professor do Curso de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* Santo Ângelo/RS. Professor de Direito Penal na Faculdade CNEC - Santo Ângelo/RS. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: jfdclyra@tj.rs.gov.br.

associado a um determinado Estado exclusivamente, sendo os problemas normativos ligados a uma dimensão territorialmente delimitada, com o propósito de determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional. Pela teoria, parte-se da ideia, segunda a qual, com o tempo o desenvolvimento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado.

Portanto, pretende-se, no presente estudo, abordar o conceito e as características do transconstitucionalismo, implicando uma questão que poderá envolver ordens estatais e ordens transnacionais, com o fim de efetivar direitos fundamentais transnacionais, com o intuito de solucionar problemas constitucionais concretos, nos casos de relações de cooperação. Apresentando para tal, várias referências empíricas aos problemas transnacionais face a eficácia dos direitos fundamentais.

1 - TRANSCONSTITUCIONALISMO: O MÉTODO DE DIÁLOGO ENTRE ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS E ORDENS JURÍDICAS ESTATAIS

A relação entre ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais ocorre em sentido estrito, ou seja, com ordens normativas que são constituídas não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos, instigados pelo constitucionalismo transnacional³.

Embora as ordens jurídicas transnacionais tenham “dificuldade de construir-se autonomamente perante os sistemas funcionais globais e as organizações com os quais estão estruturalmente vinculadas” (NEVES, 2009, p. 188), ou seja, na economia, esporte, internet, organizações não governamentais, entre outros⁴, elas afir-

3 Para melhor entendimento de constituições transnacionais, TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados estatais. In: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109-126.

4 Para mais profundidade no assunto, TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e poli-**

mam, exatamente com base na “formação dos respectivos sistemas funcionais e organizações, uma pretensão de autonomia perante o direito estatal, do que resultam problemas de entrelaçamentos, no plano reflexivo de autofundamentação” (NEVES, 2009, p. 188), entre elas e as ordens estatais.

Essas ordens não se restringem à “dimensão econômica (embora essa se apresente como dimensão mais relevante do transnacionalismo jurídico), não permanecem isoladas, entrando em relação de colisão ou cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com ordens jurídicas estatais” (NEVES, 2009, p. 188).

Os problemas envolvendo o transconstitucionalismo⁵ surgem quando “questões constitucionais, a saber, casos concernentes a direitos fundamentais ou à organização básica do poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais supremos” (NEVES, 2009, p. 188). Ou seja, quando as diversas organizações globais⁶ aportam em outros locais, em processos “sociais concretos ‘abaixo’ dos sistemas funcionais⁷, em organizações formais e em transações formalizadas, não vinculadas às fronteiras dos Estados Nacionais, mas sim com pretensões de alcance global” (TEUBNER, 2016, p. 111).

contextualidade. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

- 5 O transconstitucionalismo, de acordo com Marcelo Neves, “não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatalismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaços privilegiados de solução dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de ‘pontes de transição’, da promoção de ‘conversações constitucionais’, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema ‘monismo/pluralismo’. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstróem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade” (NEVES, 2015, p. 43).
- 6 Sobre organização e cooperação entre ordens jurídicas, ver SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. E, SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, p. 191-219, 2003.
- 7 Sobre sistemas funcionais, LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

Nesse sentido, é plausível conferir às normas internacionais de direitos fundamentais⁸ de pleno direito um caráter de constituição⁹. Igualmente “difícil de se sustentar seria, ainda, fazer com que a validade dos direitos fundamentais em distintos regimes transacionais depende de coincidências entre acordos internacionais” (TEUBNER, 2016, p. 225). Por fim, poderia restar indiscutivelmente, a eficácia dos direitos fundamentais em “espaços não estatais do globo, isto é, sua validade perante sujeitos transnacionais privado” (TEUBNER, 2016, p. 226).

Na contemporaneidade¹⁰, muitas sociedades empresárias transnacionais se envolvem em escândalos em que violam direitos humanos, produzem danos ambientais irreparáveis, quando levadas às cortes internacionais e nacionais, “chegou-se frequentemente ao resultado de que os tribunais – apesar de grande incerteza em relação aos fundamentos de validade – concederam proteção a direito fundamental também em face de atores privados” (TEUBNER, 2016, p. 226).

A validação no reconhecimento dos direitos fundamentais em regi-

8 Para Ingo Sarlet, a distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” é de que o termo “direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada, ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte relevam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões direitos humanos (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos conhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)” (SARLET, 2015, p. 29-30).

9 Teubner indaga o questionamento: “Quem já desejou negar aos direitos humanos universais sua superioridade legal, sua validade mundial e sua natureza constitucional? A alternativa seria a contradição dificilmente sustentável de se entender os direitos fundamentais no âmbito nacional dos Estados por sua própria natureza como direito constitucional de mais alta estirpe, qualificando, entretanto, os mesmos direitos nos diferentes acordos transnacionais sobre direitos humanos como direito comum, desprovido de preferência em relação a outras normas jurídicas” (2016, p. 225). Sobre a caráter sociológico da constituição, THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. E no caráter simbólico, ver em NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

10 Sobre pós-modernidade e contemporaneidade, ver HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). **La posmodernidad**. Barcelona: Kairós, 1983.

mes transnacionais privados apresenta-se na “expansão dos direitos fundamentais dos Estados-nacionais até o interior dos regimes transnacionais privados” (TEUBNER, 2016, p. 227). A fundamentação da construção teórica é acentuada pelo transconstitucionalismo entre ordens jurídicas internacional e nacionais, com o diálogo entre os tribunais constitucionais envolvendo o entrelaçamento e o intercâmbio entre direito público e privado.

A construção é sugestiva, “considerando que ela reconduz, sem maiores percalços, a problemática validade transnacional dos direitos fundamentais às fontes jurídicas dos Estados-nacionais” (TEUBNER, 2016, p. 228), e que ela pode, da mesma maneira, tornar o conteúdo¹¹ desenvolvido da dogmática de direitos fundamentais dos Estados-nacionais cabíveis para regimes transnacionais. Não há dúvidas de que esses apresentam modelos de conteúdo a seus equivalentes transnacionais, ocorrendo uma transferência de normas, princípios e dogmáticas de direitos fundamentais, exigindo-se uma decisão, um ato de colocar em validade um “processo de criação e estabelecimento do direito juridicamente institucionalizado, cuja necessidade não pode ocultar a transferência do conteúdo dos *standards* (padrões) de direitos fundamentais” (TEUBNER, 2016, p. 228).

Nessa perspectiva, é plausível basear-se em “decisões concretas sobre validade jurídica prolatadas por instituições de regimes específicos” (TEUBNER, 2016, p. 233), em análise sob regimes privados globais. Na cadeia jurisprudencial dos tribunais transnacionais da *lex mercatoria*, dos painéis de internet da ICANN (acrônimo em inglês para Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números) e dos tribunais arbitrais de investimentos, Teubner demonstra que esse *standard* concreto de direitos fundamentais é “positivado para cada regime em um processo juridicamente coordenado, que foi, por sua vez, construído por meio de regulamentação privada” (TEUBNER, 2016, p. 233). Ainda, Teubner deduz que

[...] direitos fundamentais nacionais, nem as regras de direito internacional privado e nem as meras normas sociais pode oferecer o fundamento jurídico de validade adequado para direitos fundamentais nestes regimes. Tampouco a crescente rede de comunicação

11 Apesar do caráter sugestivo, Teubner explica que a “falha de classificação não pode ser ignorada. ‘Expansão’ é um termo ambivalente que oculta a diferença entre dois processos fundamentais diversos. Na linguagem da teoria das fontes do direito: os autores colocam as fontes de conteúdo dos direitos fundamentais transnacionais junto de suas fontes de validade. Utilizando a linguagem da teoria dos sistemas: os autores não observam que decisões e argumentações no sistema jurídico formam determinados circuitos fechados que, certamente, se irritam reciprocamente, sem que se sobreponham uns aos outros” (2016, p. 228).

entre os tribunais nacionais, encontra-se em posição de fundamentar a validade dos direitos fundamentais em regimes transnacionais. Essa rede é percebida, com alguma razão, como que se por meio dela se solidificasse um sistema jurídico global (2016, p. 233).

Porém, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos¹², entre ordens estatais e transnacionais, existem “limites internos bem definidos da validade jurídica, os quais podem ser ultrapassados apenas por meio de uma organização explícita de validade – dos tribunais arbitrais privados” (TEUBNER, 2016, p. 233). A validade transnacional de direitos fundamentais surge de forma evidente em regimes transconstitucionais internacionalmente estabelecidos, condiz nas diversas convenções sobre direitos humanos.

2 - REFERÊNCIA EMPÍRICA AOS PROBLEMAS TRANSNACIONAIS FACE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um caso típico é o da *lex mercatoria*¹³, que vem se desenvolvendo em uma ampla literatura. Nesse particular, não cabe simplesmente afirmar uma relação entre “heterarquia da *lex mercatoria* e hierarquia da ordem estatal” (NEVES, 2009, p. 189). Ambas possuem tanto dimensões hierárquicas quanto heterárquicas, devendo-se conceituá-las em um entrelaçamento complexo de duas ordens no âmbito do transconstitucionalismo. Igualmente fundamental é apontar que “pretensões diversas

12 Sobre o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos ver em: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. E, em: LYRA, José Francisco Dias da Costa; NUNES, Péricles Stehmann. **Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas**: forma de alteridade no Sistema jurídico de níveis múltiplos. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

13 Na perspectiva sistêmica, Teubner conceitua a “*lex mercatoria* como esfera discursiva ou sistema de comunicação autônomo (e não primariamente como expressão de interesses de grupos ou organizações” (1993, p. 9). Neves a conceitua como uma “ordem jurídico-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional, cuja construção e reprodução ocorre primariamente mediante contratos e arbitragens decorrentes de comunicações e expectativas recíprocas estabilizadas normativamente entre atores e organizações privadas” (2009, p. 189). Não interessando nessa análise, a consideração isolada de estrutura dessa ordem jurídica, nem apenas seu entrelaçamento com a ordem estatal. Sendo relevante, nesse contexto, saber como problemas jurídicos podem surgir na relação transversal entre essas ordens.

de autonomia e autofundamentação, tanto da *lex mercatoria* quanto das ordens estatais, exigem uma capacidade de prontidão para o aprendizado e intercâmbio” (NEVES, 2009, p. 190). Sob esse olhar, segundo Neves, há um grande perigo presente:

O desprezo recíproco, nos termos de estatismo predominantemente ideológico, em detrimento do desenvolvimento econômico, ou de um privatismo primariamente calcado em interesses concretos de agentes econômicos com alta capacidade estratégica, com consequências destrutivas para terceiros social e economicamente frágeis. Nesse particular, as reações das ordens estatais variam em face do desenvolvimento das instituições e organizações da *lex mercatoria*, enquanto essas tentem a enfatizar sua autonomia e expansão, com pouca disposição de envolverem-se em um diálogo transconstitucional com os respectivos Estados entrelaçados em casos de interesse comum, especialmente quando esses afetam direitos fundamentais (2009, p. 190-191).

A esse propósito, tem-se “advertido para a postura mais reticente das cortes americanas em face das arbitragens transnacionais enquanto se aponta para a posição mais aberta do judiciário francês com relação às cortes arbitrais” (NEVES, 2009, p. 192). A presteza da justiça estatal francesa em relação à arbitragem em matérias concernentes ao direito econômico transnacional, apresentou-se no caso *Putrabali*, julgado pelo Tribunal de Cassação francesa (mais alta corte judicial na França), em 29 de junho de 2007.

Trata-se de um “marco em um desenvolvimento que remonta ao caso *Gosset*, decidido, em 7 de maio de 1967, pelo Tribunal de Cassação, em que esse admitiu, pela primeira vez, o princípio da separabilidade do acordo de arbitragem” (NEVES, 2009, p. 191). A importância da decisão no caso *Putrabali* pode ser atribuída ao fato de que foi a “primeira vez que o Tribunal de Cassação teve de decidir sobre a execução de um laudo arbitral anulado no país de origem, desde o caso *Hilmarton* (julho de 1997)” (NEVES, 2009, p. 191). A razão de tal importância é fundamental, pois além de endossar soluções executadas pelo Tribunal de Apelação de Paris e pelo Tribunal de Cassação no caso *Hilmarton* e outros, este tribunal passou a uma dinâmica mais firme e abrangentes em seus fundamentos teóricos.

O caso *Putrabali* envolve uma “contenda de direito marítimo entre uma companhia indonésia, *P.T. Putrabali Adyamulia* (vendedora), e uma companhia francesa, *Société Est Epices* (mais tarde *Rena Holding*) (compradora)” (NEVES, 2009, p. 191-192), envolvendo um contrato de compra e

venda de pimenta branca, embarcada por navio em janeiro de 2000, tendo o navio afundado na Ilha Bangka, na Indonésia, em fevereiro de 2000.

A controvérsia surgiu em decorrência da exigência do pagamento da mercadoria pela vendedora, “que entrou com pedido de arbitragem conforme as regras da Associação Geral Internacional de Produção LTDA (IGPA)” (NEVES, 2009, p. 192). Tendo em vista que os dois árbitros indicados não entrariam em acordo comum, um “árbitro desempateador decidiu favoravelmente ao autor da ação arbitral (a vendedora), considerando que a compradora descumprira o contrato” (NEVES, 2009, p. 192). A compradora recorreu ao Órgão de Apelação arbitral, nos termos das regras da IGPA, tendo sido “revertida por esse Órgão a decisão de primeira instância, por ter sido negada a ocorrência de qualquer rompimento do contrato pela compradora” (NEVES, 2009, p. 192).

Dessa decisão arbitral, a vendedora recorreu à Alta Corte Inglesa em maio de 2003, sendo que este Tribunal “anulou parcialmente o laudo arbitral, por entender que houve quebra de contrato por falta de pagamento, e remeteu o caso para uma outra arbitragem”. Assim, na nova decisão arbitral, em agosto de 2003, a compradora foi condenada. Paralelamente, ela entrou, na França, com pedido de “*exequatur* (reconhecimento e execução) do laudo arbitral anterior, datado em 10 de abril de 2001, que foi concedido” (NEVES, 2009, p. 192).

Então, a vendedora recorreu à Corte de Apelação de Paris, que manteve o julgamento da *exequatur* da primeira instância judicial francesa. Putrabali argumentou que a “decisão arbitral de 10 de abril de 2001 havia sido anulada e teria sido uma fraude a tentativa de executá-la na França” (NEVES, 2009, p. 192). A Corte de Apelação de Paris rejeitou esse argumento “considerado que não haveria base para recusar a execução de decisões arbitrais anuladas no país de origem, pois essa hipótese de recusa não estava prevista na legislação processual francesa” (NEVES, 2009, p. 192). Essa decisão não é inovadora nessa matéria, só em face do recurso interposto, em última instância, por Patrabuli, o Tribunal de Cassação da França apresenta o elemento inovador em relação à arbitragem transnacional.

Os dois fundamentos da decisão, apresentado por Neves, são os seguintes: “(1) uma arbitragem transnacional (usa-se imprecisamente o termo ‘internacional’) não está ancorada em nenhuma ordem jurídica nacional; (2) um julgamento arbitral transnacional [‘internacional’] é uma decisão judicial transnacional [‘internacional’]” (2009, p. 193). O aspecto mais relevante desse caso reside na

[...] admissão explícita, por parte do mais alto tribunal judicial da França, de que a *lex mercatoria* é autônoma em face de qualquer ordem jurídica estatal, seguindo uma tradição já presente na jurisprudência e doutrina francesa. Trata-se de ordem jurídica ‘deslocalizada’. No caso, não se afirmou apenas que a arbitragem não está ancorada na ordem jurídica do país de origem (local) da arbitragem, mas se deu um passo adiante, sustentando-se que ela não está ancorada em nenhuma ordem jurídica estatal (NEVES, 2009, p. 193).

Isso tem consequência, nessas circunstâncias, porque casos envolvendo a *lex mercatoria* e a ordem jurídica estatal no âmbito de matérias jurídico-constitucionais exigem um tratamento à luz do transconstitucionalismo, uma vez que cada uma das ordens aponta a uma pretensão de autofundamentação. Portanto, em alguns casos, “além de um diálogo transjudicial, impõe-se uma ‘conversação’ transconstitucional entre ordens jurídicas de tipos diversos, sobretudo mediante a relação construtiva entre os seus tribunais” (NEVES, 2009, p. 193).

Essa compreensão torna-se ainda mais “plausível quando se considera a tese contida no outro fundamento de decisão do Tribunal de Cassação francês: um laudo arbitral transnacional é uma decisão judicial transnacional” (NEVES, 2009, p. 193). Isso aplica afirmar que o laudo arbitral da *lex mercatoria* é uma decisão judicial que não precisa aprovação ou negação de cortes nacionais para ser reconhecida e executada. Embora uma “corte do local de origem da arbitragem possa rejeitar a sua execução no âmbito da respectiva jurisdição estatal, isso não impede que a decisão seja executada no âmbito territorial de outro Estado” (NEVES, 2009, p. 194).

Cumpra acrescentar que essa proposta “importaria vincular a decisão do tribunal do local da execução ao tribunal do local da arbitragem, independentemente da consistência no âmbito da ordem jurídica em que se pretende realizar a execução” (NEVES, 2009, p. 194). Evidentemente, há riscos¹⁴ no que se refere ao desenvolvimento de um diálogo transconstitucional com a nova *lex mercatoria*.

14 Neves destaca que o problema, portanto, é “análogo à execução de sentença estrangeira por uma ordem estatal qualquer, com força de coisa julgada, nos termos do direito internacional privado clássico. Porém, embora funcionalmente equivalente a uma sentença estrangeira, o vínculo a uma ordem jurídica desterritorializada torna os problemas de entrelaçamento bem mais complexos, especialmente pela versatilidade e mobilidade dos contratos e das arbitragens da *lex mercatoria*. Nesse sentido, a probabilidade de conflito de natureza constitucional entre essa ordem jurídica e as estatais pode apresentar, em certa medida, efeitos bem mais graves do que entre duas ordens delimitadas territorialmente” (2009, p. 194-195).

Nesse ínterim, ainda que essa ordem jurídica transnacional sustente, com êxito e firmeza, “pretensão de autonomia perante as ordens do Estado constitucional, ela é fortemente dependente do sistema econômico e, portanto, também de seus agentes” (NEVES, 2009, p. 195). Isso porque está ligada a serviços da economia no campo mercantil, sua vinculação ao princípio jurídico-constitucional da igualdade fica em segundo plano.

Caracterizada como “direito corrupto na própria linguagem de um dos seus mais importantes teóricos” (TEUBNER, 2003, p. 9-31), sua capacidade constitucional se torna limitada, “especialmente a capacidade de envolver-se de maneira satisfatória com questões de direitos fundamentais” (NEVES, 2009, p. 195). Por isso, em se tratando do transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e *lex mercatoria*, cumpre destacar o seu caráter limitado, pois, em princípio, uma das “ordens não se orienta primariamente para enfrentar e resolver problemas constitucionais” (NEVES, 2009, p. 195).

Sob essa ótica de que a *lex mercatoria* tenha pouca disposição ao transconstitucionalismo, o envolvimento desses no Estado democrático de direito pode “possibilitar tanto a limitação de sua tendência expansiva quanto a fortificação de sua capacidade reflexiva para desenvolver-se com autonomia operativa perante os interesses concretos e particularistas de atores econômicos” (NEVES, 2009, p. 196).

Uma das alegações usadas para negar o caráter transnacional em sentido estrito à *lex mercatoria*, no plano da arbitragem, pode “residir na invocação da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ato internacional celebrado em Nova Iorque” (NEVES, 2009, p. 196), ato realizado na Conferência das Nações Unidas sobre a Arbitragem Comercial¹⁵, em junho de 1958. Porém, esse argumento permanece inapto de um complexo fenômeno jurídico.

Em suma, infere-se da decisão do Tribunal de Cassação francês que a ordem jurídica de arbitragem transnacional não está ancorada em nenhuma ordem estatal. Isso significa que ela, em si mesma, já é uma ordem ‘estrangeira’ em relação à ordem de todo e qualquer Estado. O que a convenção de Nova Iorque regula é o “reconhecimento e a execução dos laudos arbitrais estrangeiros pelos Estados” (NEVES, 2009, p. 196), valendo isso

15 Inclusive foi baseado nessa Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que o caso acima apresentado, recorreu ao “judiciário francês, a empresa francesa Rena Holding invocou o art. VII dessa convenção internacional” (NEVES, 2009, p. 195).

[...] tanto para arbitragens subordinadas à ordem processual de outros Estados quanto para a arbitragem transnacional, vinculada a uma ordem que, progressivamente, afirmou sua autonomia perante as ordens jurídicas estatais em geral, inclusive diante da ordem do Estado onde tenha ocorrido ou venha a ter lugar, geograficamente, a arbitragem (NEVES, 2009, p. 196).

Observa-se nas sustentações que chegam à Convenção de Nova Iorque um “entrelaçamento entre ordens jurídicas que não se restringe apenas à bilateralidade (ordem estatal/ordem transnacional de arbitragem comercial), mas inclui, em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” (NEVES, 2009, p. 196), a ordem de outros Estados e a ordem internacional, ampliando-se as possibilidades de diálogo transconstitucional entre ordens jurídicas.

O direito da internet é um outro campo em relação à ordem jurídica estatal e ordem jurídica transnacional no qual problemas não só se desenvolvem no âmbito dos Estados-nações, mas também se relacionam por atores privados e quase públicos, em que fronteiras territoriais não os limitam; entrelaçam-se de forma globalizada na sociedade mundial, envolvendo problemas transconstitucionais. A transversalidade entre a *lex digitalis* transnacional e os Estados envolve tanto cooperações quanto conflitos de difíceis soluções.

Nesse particular, destaca-se a força regulatória da ICANN, entidade que atribui contratualmente à “organização VeriSign¹⁶ a função de administradora do domínio, e esta, por sua vez, celebra contratos com os administradores de domínios nacionais” (TEUBNER, 2016, p. 117). Mediante contratos padrões celebrados com usuários da internet, os administradores de domínios nacionais estipulam os detalhes da distribuição de nomes. Novamente, por meio de “relações contratuais, com as quais o governo dos EUA garante a sua influência sobre essa governança privada, a ICANN permanece vinculada a instâncias de direito público” (TEUBNER, 2016, p. 117).

Portanto, esse arranjo constitui um complexo esquema contratual, que não pode ser equiparado nem com a organização formal nem com contratos bilaterais. Contratos “individuais e organizações formais orientam-se ara um único fim e só no plano emergente formam um complexo regulatório” (TEUBNER, 2016, p. 117).

O problema transconstitucional reside no fato de que os “judiciários estatais, caso compreendam que o uso da internet por quem detém um

16 Verisign é uma empresa que atua na área de segurança de redes, Internet e telecomunicações.

nome de domínio está contrariando princípios e regras constitucionais da ordem estatal” (NEVES, 2009, p. 208), precisam fazer uma solicitação junto à ICANN, para que essa entidade privada, decida¹⁷ sobre essa solicitação. Parece ser recomendável, portanto, uma postura flexível da ICANN, nos termos do transconstitucionalismo, considerando as peculiaridades jurídicas dos respectivos Estados envolvidos em torno da *lex digitalis*.

É fato relevante que a *lex digitalis* fica fortemente vinculada a uma entidade que, “embora quanto à origem e fundamentação esteja intimamente vinculada à ordem jurídica estatal norte-americana, domina, no âmbito de suas atividades, um raio abrangente de ações transnacionais” (NEVES, 2009, p. 211), entrando em entrelaçamentos transconstitucionais com diversas ordens estatais.

Assim, regimes transnacionais se apresentam com características de ator coletivo, como mostra os casos da *lex mercatoria*, em que “normas constitucionais hierarquicamente superiores emergem sem que haja aí a perspectiva de criar-se o equivalente de uma organização estatal” (TEUBNER, 2016, p. 133-134), e em alguns casos de organizações internacionais com capacidade de ação, como no caso da *lex digitalis* da ICANN ou no caso de ONGs da sociedade civil, um regime “transnacional nesses moldes desenvolve, de fato, além da identidade coletiva, as características de um ator coletivo (similar ao Estado)” (TEUBNER, 2016, p. 134).

Uma situação com grande repercussão diz respeito do caso da importação de pneumáticos usados pelo Brasil. Esse acontecimento envolve tanto o direito constitucional brasileiro e as ordens jurídicas uruguaia e paraguaia quanto o direito do Mercosul e a ordens jurídicas da Organização Mundial do Comércio (OMC). Em dezembro de 2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, ao adotar informe do Órgão de Apelação da OMC, decidiu de maneira favorável ao recurso interposto pelo Brasil, com base em argumentos em defesa à proteção do meio ambiente, para que fosse vetada a importação de pneus usados provenientes da União Europeia.

Entretanto, essa decisão considerou discriminatória a política

17 Os judiciários estatais “não dispõem de poder nem meios técnicos para determinar, de forma vinculatória, que seja revogada a atribuição de um nome de domínio a um usuário, nem, portanto, que haja uma nova atribuição de nome de domínio a um outro usuário. A ICANN dispõe, nesse caso, do poder de decidir se acata ou rejeita, conforme suas próprias normas jurídicas, a decisão judicial estatal. Também para questionar o conteúdo da resolução de controvérsias pela ICANN, as partes podem optar pelo caminho judicial ou arbitral, desde que respeitadas as normas dessa entidade privada” (NEVES, 2009, p. 209).

brasileira de continuar importando pneus usados do Paraguai e do Uruguai e, portanto, deveria ser abolida, mesmo que o Brasil tenha alegado de que o número de pneus recauchutados importados do Uruguai e do Paraguai não era significativo. Mais tarde, em laudo arbitral no âmbito da OMC, por solicitação das Comunidades Europeias, decidiu-se que o Brasil teria um prazo para cumprir as recomendações e resoluções do Órgão de Solução de Controvérsias, no qual, encerrar-se-ia um ano a partir da data de adoção por este dos informes do Grupo Especial e do Órgão de Apelação. O problema decorrente dessa condição imposta pela decisão do OSC da OMC consiste em que:

O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul já rejeitara pretensão da Argentina de que fosse proibida a importação de pneus recauchutados oriundos do Uruguai, corroborando recentemente em duas decisões anteriores, por entender que uma tal proibição ofenderia as normativas do Mercosul. O Brasil tentou contornar ambas as decisões, procurando propor um limite ao número de pneus usados a serem importados do Uruguai, Paraguai, desrespeitando, ao mesmo tempo, as normas do Mercosul e da OMC, em sentidos diametralmente opostos (NEVES, 2009, p. 247).

A situação se agravou com o fato de que a Presidência da República, em 2006, propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 101/2006), na qual se pediu que fossem declaradas inconstitucionais as decisões judiciais que vinham admitindo a “importação de pneus usados com base no argumento de que as normas infraconstitucionais que cedam essa prática são inconstitucionais” (NEVES, 2009, p. 247), fundamentando-se basicamente na alegação que o art. 225 da Constituição Federal. O *caput* desse dispositivo constitucional prescreve:

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 (BRASIL, 1988).

Embora a decisão do STF tenha sido pelo provimento quase integral da ADPF 101/2006, “essa situação aponta para dificuldades presentes de afastar um constitucionalismo provinciano no caso brasileiro” (NEVES, 2009, p. 248). Ao mesmo tempo, corrobora a grande dificuldade de se conseguir um nível aceitável para todas as ordens envolvidas. O

governo brasileiro rejeitou a importação de pneus usados na União Europeia (com base em argumentos ecológicos e referentes ao direito à saúde), mas, simultaneamente, admitiu a importação do mesmo produto quando provindos do Uruguai e do Paraguai, gerando uma grande inconsistência.

Nesse caso, impõe-se cada vez mais, “uma revisão dos paradigmas constitucionais, possibilitando uma ‘conversação’ transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas” (NEVES, 2009, p. 248). A ordem constitucional brasileira, especialmente o Supremo Tribunal Federal, deve firmar parceria com ordens transnacionais, internacionais ou supranacionais, para consolidar a construção de um transconstitucionalismo multiangular.

Nesse sentido, parte-se a discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que se concentrou, “apenas na função de defesa dos direitos fundamentais em face de fenômenos de poder social, negligenciando sua função inclusiva” (TEUBNER, 2016, p. 247). Com isso, se coloca um problema estrutural das sociedades tardias, “cuja dimensão sociavelmente lesiva apenas se tornou visível nas últimas ondas da globalização. O problema se encontra no paradoxo da inclusão da diferenciação funcional” (TEUBNER, 2016, p. 247).

De um lado, “os sistemas funcionais encontram-se estruturados de tal forma que não possuem como membros grupos populacionais bem delimitados” (TEUBNER, 2016, p. 247), como no caso de sociedades estratificadas, mas por sua vez incluem, cada qual, “toda a população de forma apenas estritamente circunscrita à sua função respectiva. Essa inclusão da totalidade da população em cada sistema social é a ‘Lei Fundamental’ da diferenciação funcional” (TEUBNER, 2016, p. 247). Por outro lado, entretanto, a “dinâmica interna dos sistemas funcionais leva precisamente à exclusão de grupos populacionais inteiros” (TEUBNER, 2016, p. 247).

Exclusões sociais de grandes proporções, como nas periferias brasileiras, não são, portanto, “herança de estruturas sociais tradicionais, mas criadas pela própria modernidade” (TEUBNER, 2016, p. 248). Dessa forma, indaga-se a questão na lógica do “desenvolvimento da diferenciação funcional residiria o fato de que a diferença entre inclusão/exclusão se sobrepõe aos códigos binários dos sistemas funcionais globais” (TEUBNER, 2016, p. 248). Será a inclusão/exclusão o metacódigo do século XXI, que catalisa os outros códigos, mas de mesma forma acaba com a própria diferenciação funcional e envolve outros problemas sociais políticos.

Os direitos fundamentais atuam “não somente como limites dos sistemas funcionais perante a autonomia dos indivíduos, mas também

como garantia de inclusão da população em sistemas sociais” (TEUBNER, 2016, p. 248). Na política, a garantia de inclusão é efetivada de maneira ampla. O direito ao voto e os direitos políticos possibilitam que o acesso ao poder se mantenha disponível a toda a população. Esse princípio político de inclusão deve ser gerado de forma que o acesso a todos meios de comunicação mantenha-se além de abertos aos diversos sistemas funcionais por meio dos direitos fundamentais, mas seja de fato garantido.

Porém, isso, em toda a sua generalidade, “não pode ser implementado de forma referente à sociedade como um todo, algo, por exemplo como uma garantia de acesso a todas as instituições da sociedade pronunciada e imposta pela política” (TEUBNER, 2016, p. 249). Luhmann explica que,

con la diferenciación funcional del sistema de la sociedad, la regulación de las relaciones de inclusión/exclusión pasa a los sistemas funcionales; ya no existe instancia central alguna (aunque guste a la política verse en esa función) que supervise a este respecto a los sistemas parciales (2006, p. 499).

A função da reespecificação é “formular as determinações sistêmico-específicas de tal forma que o acesso às instituições sociais seja possibilitado” (TEUBNER, 2016, p. 149). Os serviços primordiais no sistema econômico, a compulsória contratação de plano de saúde e a garantia de acesso à internet constituem, por exemplo, “casos que os direitos fundamentais devem forçar o acesso a instituições sociais por meio de sua eficácia em relação a terceiros” (TEUBNER, 2016, p. 149).

Esses direitos fundamentais de “inclusão podem também pavimentar, por fim, o ponto de partida para demandas sociopolíticas mais abrangentes” (TEUBNER, 2016, p. 250). A indicação da direção político-social consiste em “transformar direitos fundamentais de inclusão em direitos civis sociais ativos no interior dos setores sociais específicos” (TEUBNER, 2016, p. 251). Enquanto direitos fundamentais sociais inclusivos se “encontram ainda nos primórdios de sua institucionalização, a eficácia horizontal dos direitos sociais em função defensiva já se mostra bem mais desenvolvida” (TEUBNER, 2016, p. 251-252). No âmbito transnacional, configura-se tal fato nas violações a direitos fundamentais cometidos por empresas multinacionais e levados a tribunais arbitrais em face a *lex mercatoria*.

Assim como os direitos fundamentais de inclusão, os de exclusão reagem aos “problemas que levantam questões relacionadas à diferenciação de sistemas funcionais autônomos e à independência de seus meios de comunicação” (TEUBNER, 2016, p. 252). Eles observam como seu

problema a tendência dos sistemas funcionais que se tornam “autônomos em transgredir seus limites funcionais específicos e procuram garantias para a exclusão de âmbitos de autonomia” (TEUBNER, 2016, p. 252).

Em decorrência disso, a política ganha autonomia e viabiliza pretensões de inclusão. Ela se liberta “dos vínculos morais, religiosos e econômicos da antiga sociedade e incrementa as possibilidades usurpativas de seu meio especial – o poder – sem que vinculações imanentes ainda lhe estabeleçam limites” (TEUBNER, 2016, p. 252). Por meio de seu fechamento operativo e de sua autonomização estrutural, a “política cria para si novos ambientes, em relação aos quais ela desenvolve tendências expansivas claramente imperialistas” (TEUBNER, 2016, p. 25). O poder absoluto tem caráter destrutivo inesperado, centraliza poder para tomada de decisões, mostrando sua tendência inata à totalização transfronteiriça.

Esse modelo de direitos fundamentais relacionado à “defesa contra o Estado funciona apenas enquanto o Estado se identifica com a sociedade ou, ao menos, enquanto o Estado possa ser considerado forma de organização da sociedade” (TEUBNER, 2016, p. 253) e a política possa ser considerada como coordenação hierárquica da sociedade. Quando se tornou claro que a “sociedade moderna é descrita de maneira insuficiente pelo dualismo indivíduo/comunidade e tornou-se conhecida a libertação e autonomização de outros meios de comunicação” (TEUBNER, 2016, p. 253), e sendo extremamente especializados (dinheiro, direito, tecnologia), esse modelo deixou de ser aceitável.

Nesse norte, a obrigação dos direitos fundamentais obriga o poder público a observar e proteger a liberdade, princípios básicos da ordem política e social. Grimm trabalha com a ideia que

[...] liberdades não são imunes de abuso ou colisões, a proteção dos direitos fundamentais não pode ser absoluta. Estes devem permitir restrições onde isso seja necessário para a manutenção da liberdade igualitária ou no interesse de bens indivisos de alto grau. Sua estrutura a isso corresponde. Em um primeiro passo, eles estabelecem regularmente qual conduta individual ou coletiva e quais funções sociais devem, a princípio, estar determinadas de forma livre, ou seja, não pelas necessidades políticas, mas pela vontade do indivíduo em particular ou da lógica dos fatos dos variados âmbitos funcionais. Em um segundo passo, eles possibilitam, então, restrições (2006, p. 114).

As restrições aos direitos fundamentais “só são admissíveis quando parecerem aptas e necessárias para a garantia de uma finalidade legítima e quando a necessidade de garantia e a dimensão da restrição estive-

rem em proporções adequadas” (GRIMM, 2006, p. 116). Por meio disso, ela também protege a autonomia dos vários subsistemas sociais como a “política, a economia, a ciência, a arte, o direito, etc. Por fim, ela está comprometida com a democracia pluralista como a forma de poder que melhor corresponde a esses princípios” (GRIMM, 2006, p. 105-106).

Nessa perspectiva¹⁸, aparece a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de “defesa contra instituições sociais: a fragmentação da sociedade multiplica as zonas limítrofes dos meios de comunicação autônomos para setores autônomos individuais e institucionais” (TEUBNER, 2016, p. 253-254). Essa fragmentação da sociedade mundial em “subsistemas autônomos não cria dessa forma novos pontos fronteiros exteriores à sociedade entre subsistema e seres humanos, mas também novos limites no interior da sociedade” (TEUBNER, 2016, p. 259), nos quais os sentidos de expansão dos subsistemas operam de maneira ímpar em relação a cada sistema. A questão consiste em:

[...] seria possível repensar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais dos conflitos internos da sociedade (pessoa vs. pessoa) para conflitos do tipo sistema/ambiente (comunicação vs. corpo/psique) ou, de outra forma, de conflitos interpessoais entre titulares individuais de direitos fundamentais para conflitos entre, de um lado, processos comunicativos anônimos e, de outro, indivíduos concretos? (TEUBNER, 2016, p. 261).

Portanto, percebe-se que as dificuldades são enormes. Na falta de uma instância de super sentido, o método transconstitucional parece ser o mais adequado, cabendo observar que os entrelaçamentos entre ordens transnacionais e ordens estatais “difícilmente se apresentam de forma isolada” (NEVES, 2009, p. 216). Em razão da diversidade de tipos de ordens transnacionais, o envolvimento delas com problemas de direitos fundamentais relacionados ao transconstitucionalismo ocorre simultaneamente com uma pluralidade de ordens de diferentes espécies, como as estatais, internacionais, supranacionais e locais. Também por perpassarem diversos tipos de ordem jurídica, as ordens transnacionais estão intrinsecamente ligadas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, de forma mais direta, com o transconstitucionalismo em um sistema mundial de níveis múltiplos entrelaçados.

18 Para profundidade no assunto, no que tange um espaço democrático, ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade I. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. E, NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CONCLUSÃO

A emergência de ordens jurídicas transnacionais na complexidade é objeto de interesse não apenas dos juristas, mas também de cientistas sociais em geral. Embora as Constituições estatais já tenham aparecido como estruturas da racionalidade transversal entre política e direito, o constitucionalismo transversal apenas se tornou significativo em virtude do surgimento de novos problemas com os quais as ordens internacionais, supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente.

Nessa perspectiva, a teoria transconstitucional abre-se para esferas além do Estado, não porque surjam outras constituições, mas sim porque problemas eminentemente constitucionais, especialmente os referentes aos direitos fundamentais, perpassam outras ordens jurídicas diversas, atuando de forma entrelaçada na resolução dos conflitos.

A integração sistêmica cada vez mais forte na sociedade contemporânea globalizada levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais. O transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as mais diversas ordens entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional, em especial direitos fundamentais, devem buscar alternativas transversais de articulação para a resolução de problemas.

Nessa perspectiva, conclui-se que o desenvolvimento de um método transconstitucional abre a possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas. Evidentemente, o modelo ambiciona efetivar os direitos fundamentais, em especial, aos que dizem respeito dos transnacionais em face a *lex mercatória*. Não obstante, em um mundo regado por problemas constitucionais comuns, para uma pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional parece mais adequado à passagem de uma simples diferenciação construtiva entre ordens jurídicas, no plano das respectivas autofundamentações.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução: Luiz Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1979.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/

Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101/2006 Distrito Federal**. Requerentes: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal entre outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, Julgado em: 14 de agosto de 2009. DJe 21 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). **La posmodernidad**. Barcelona: Kairós, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade I**. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; NUNES, Péricles Stehmann. **Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas: forma de alteridade no Sistema jurídico de níveis múltiplos**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas. In.: **Revista da AGU**. Brasília-DF, v. 14, n. 03, p. 37-58, jul./set. 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, p. 191-219, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados estatais. In: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109-126.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**: legal pluralism in the world-society. Burlington: Ashgate, 2003. p. 9-31. (Global Law Without a State). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=896478>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions**: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

O DIREITO DE TODOS SE TORNAREM SAUDÁVEL POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ADEQUADAS

ALINNE CARDIM ALVES¹
JULIANA CRISTINA BORCAT²

INTRODUÇÃO

Embora o Brasil tenha sido signatário da Declaração Universal dos direitos humanos e dos Pactos Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que assumiram posição solene em favor do direito à saúde, este demorou-se a tomar providências legislativas internas que assegurassem aqueles direitos declarados como dignos de proteção.

Quando se fala em saúde, isso não quer dizer apenas atendimento médico hospitalar, e sim também alimentação, moradia, saneamento básico, lixo urbano, poluição sonora, meio ambiente, trabalho, educação, renda, acessos aos bens e serviços essenciais, ou seja, a busca do equilíbrio ambiental, do modo de vida. Todos esses temas devem ser debatidos, pois vive-se em um país marcado pela marginalização das classes sociais, atingidas pela densa miséria.

A Constituição de 1988 foi fundada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que a pobreza deveria ser erradicada, bem como a marginalização e as desigualdades sociais. Ter-se-ia um Estado o qual promovesse o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor e idade. Ao consultar a Constituição Brasileira, encontra-se um rol considerado de direitos nascidos do novo Estado Democrático, como por exemplo, o direito à saúde.

Assim, a omissão do direito à saúde é chamada pela doutrina de dimensão negativa do direito à saúde, pois implica em uma conduta omissa, de não fazer do Estado, quando deveria fazer. Falta, no Brasil, prioridade, nos atendimentos, principalmente a crianças e adolescentes, idades em que os ricos de surgimentos de novos problemas sociais seriam minados.

1 Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino –ITE /Bauru. Especialista em Direito Constitucional pela Università Degli Studi di Pisa. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogada e Professora Universitária: Email: abbcardim@hotmail.com.

2 Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino –ITE /Bauru. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogada e Professora Universitária: Email: julianaborcat@hotmail.com.

É inegável a crise de identidade que os direitos fundamentais e os direitos humanos vêm enfrentando na medida em que o mundo se torna globalizado. A cada novo contexto social, acabam-se perdendo direitos antes conquistados, surgindo a necessidade de se alcançarem novos direitos e novos patamares para a consagração de uma vida-digna.

As pessoas atualmente encontram milhares de obstáculos quando tentam obter acesso aos serviços de assistência médica, por diversas questões estruturais e orçamentárias.

O Brasil tem hoje, em nível de saúde, um desenvolvimento abaixo do esperado mundial, igualando-se à África, deixando à frente cerca de oitenta países. Levantamento feito pela Organização Mundial da Saúde (OMS) afirma que não faltam médicos no país, mas a proporção de leitos é baixa se comparada à de outros países. Além disso, o Brasil é uma das trinta nações onde a população paga do seu próprio bolso mais de 50% dos gastos com a saúde.

Todas as pessoas têm direito a um tratamento especializado de saúde que envolva a prevenção, a reabilitação e a habilitação, assim o presente trabalho visa que o direito de todos se tornarem saudável por meio de Políticas Públicas adequadas

1 - DECLARAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS REFERENTES À SAÚDE

Nos textos mais antigos de declaração de direitos, como no *Bill of Rights* e estatutos semelhantes nada se encontram com respeito à proteção sanitária. As preocupações da época cingiam-se ao plano político das limitações de poder do Soberano.

A mesma situação se vislumbra na Declaração de Direitos da Revolução Francesa, não obstante a consagração dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade em contraponto ao regime absolutista que veio a ruir com a Tomada da Bastilha.

Foi em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se assumiu posição solene em favor do direito à saúde, conforme consta do seu artigo 25: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”.

No mesmo tom, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, cuida do direito à saúde, apontando mecanismos para assegurar seu pleno exercício.

Nesse sentido as disposições de seu artigo 12: “Os Estados partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.” Para o alcance dessa proteção integral à saúde das pessoas, o Pacto estabelece a obrigação de os Estados adotarem medidas que se façam necessárias para garantir: a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. No mesmo ideal de proteção sanitária a proclamação contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. No seu artigo 4º afirma-se o direito à vida, desde o momento da concepção. E no artigo 5º é referido o direito à integridade pessoal: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Embora o Brasil tenha sido signatário da Declaração Universal e dos Pactos acima referidos, demorou-se a tomar providências legislativas internas que assegurassem aqueles direitos declarados como dignos de proteção. Essa omissão decorreu do inadmissível retardamento da ratificação do Pacto no âmbito interno, somente ocorrida no ano de 1992.

Nesse intermédio de torpor legislativo, cresceu, no entanto, a movimentação na esfera jurídico-social pela implantação de um sistema de reforma sanitária, no que merece especial destaque o trabalho desenvolvido desde a década de 80 por Sueli Gandolfi Dallari (2009), a sustentar que a saúde constitui direito fundamental do homem, demandando providências legais e administrativas para assegurar a sua efetiva proteção nos planos preventivos e de erradicação das moléstias que põem em risco não apenas a higidez individual, mas a própria segurança da coletividade afetada.

2 - CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE

As primeiras concepções de saúde apareceram ligadas a uma explicação mágica da realidade, em que os povos primitivos viam o doente como vítima de demônios e espíritos malignos, mobilizados talvez por um “inimigo”.

Essa concepção foi questionada na Grécia com os estudos de Hi-

pócrates, cujas observações empíricas não se limitaram apenas ao paciente, estendendo-se ao ambiente onde vivia. A partir disso foi introduzido à discussão dos fatores ambientais ligados à doença e defendeu o que hoje poderia ser chamado de “conceito ecológico” de saúde-enfermidade, enfatizando a multicausalidade na gênese das doenças. Os rituais deram lugar ao uso de ervas e métodos naturais.

Platão ainda aportaria a noção de equilíbrio interno entre alma e corpo, depois ampliada para afirmar o equilíbrio do homem com a organização social e com a natureza, compreendendo-se aí a concepção de saúde.

A passagem para Idade Média foi marcada pelas pestilências e surtos epidêmicos decorrentes, entre outros dos movimentos populacionais, conflitos militares, miséria, promiscuidade e falta de higiene nos burgos. A doença voltou a ser vista como castigo divino, resumindo-se os cuidados sanitários à preocupação de afastar o doente do convívio social, para evitar o contágio e a visão da própria doença. Aqui, surgem os primeiros hospitais, decorrentes da caridade, mas denominados de “hospícios ou asilos”, onde muitos desses centros não contavam com o tratamento adequado.

O Renascimento, exatamente pela progressiva restauração do conhecimento clássico greco-romano, seria, na área da saúde, um período polarizado entre as duas tradições anteriores, opondo-se o misticismo medieval e as práticas exotéricas reminiscentes ao progresso das ciências, as descobertas sobre o corpo humano, ao pensamento e aos métodos científicos.

Dallari (2010, p. 141) salienta que o atual conceito de saúde pública teria raízes nesse período, quando também se firmam as primeiras políticas concretas do que hoje se conhece por Direito Internacional Sanitário. Com a consolidação do Estado Liberal burguês, a partir do século XVIII e durante o século XIX, a assistência pública, envolvendo a assistência social e médica, deixou de depender da “solidariedade da vizinhança”, para incluir a proteção à saúde entre o feixe de atividades tipicamente estatais, inclusive com status legal-constitucional.

A revolução industrial acarretou um grande movimento de urbanização com a migração populacional do campo para as cidades e a formação de cinturões ao redor das fábricas que, pela proximidade espacial e absoluta falta de higiene, permitiram a rápida proliferação de doenças entre operários, patrões e familiares. Tais fatos foram decisivos para as reivindicações de melhores condições sanitárias, dada à necessidade de resguardar a saúde dos operários, seja pela manutenção dos níveis de produção das fábricas, seja pela própria proteção da saúde dos próprios patrões, assim como pelo atendimento às reclamações dos operários, já

organizados em movimento de luta social, que exigiram o estabelecimento de melhores condições sanitárias para si e seus familiares. Assim, o Estado assume o garantidor da “saúde pública”.

Nessa direção, destaca Germano Schwartz (2016, p. 108-162) que “o capitalismo por mais paradoxal que pareça, fez nascer uma visão social de saúde”. No século XX, a proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo. Desde a II Guerra Mundial essa noção foi ampliada, estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população, bem como reforçando-se a lógica econômica, a partir da evidente interdependência entre as condições de saúde do trabalhador e atividade produtiva. Instituíram-se os sistemas de previdência social e, posteriormente, de “seguridade social”, a abarcar os subsistemas de assistência, previdenciária e saúde públicas – tal como hoje se encontra previsto pela Constituição Brasileira. O seguro social trouxe a assistência médica à população, enquanto direito adquirido por meio do trabalho, que também permitiu a disponibilidade de mão-de-obra sadia, ou seja, menos doente.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a promulgação da Declaração Universal dos direitos humanos incentivaram a criação de órgãos especiais dedicados à garantia de alguns direitos humanos essenciais.

Foi somente em 1946, com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), que a saúde foi elevada ao status de direito fundamental de todo e qualquer ser humano, constando em seu preâmbulo saúde como “o complemento bem-estar-físico, mental e social”, rechaçando a ideia de saúde meramente como a ausência de doenças e outros agravos. (WEICHERT, 2009, p. 21)

Essa noção superou a ideia de saúde como mera inexistência de doenças, destacando a importância entre o equilíbrio do homem.

Nas palavras de Sueli Dallari, o conceito de saúde apresentava-se em duas correntes. Uma delas com enfoque na relação de dependência com variáveis como o meio ambiente, alimentação ou o trabalho; outra, contemplando a saúde como ausência de doenças.

Neste sentido, esclarece a referida autora (2009, p. 20-21):

Ambiente social da Revolução Industrial proporcionou o debate entre as duas grandes correntes que buscaram conceituar saúde. De um lado, grupos marginalizados ao processo de produção, que viviam em condições miseráveis, enfatizavam a compressão da saúde como diretamente dependentes de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação, a moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doenças e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de re-

médios específicos, falava a favor da conceituação de saúde como ausência de doença.

Portanto, quando se fala em saúde, isso não quer dizer apenas atendimento médico hospitalar, mas envolve também alimentação, moradia, saneamento básico, lixo urbano, poluição sonora, meio ambiente, trabalho, educação, renda, acessos aos bens e serviços essenciais, ou seja, a busca do equilíbrio ambiental, do modo de vida. Todos esses temas devem ser debatidos, pois vive-se em um país marcado pela marginalização das classes sociais, atingidas pela densa miséria.

Ressalta-se, então, a ausência de doenças no conceito de direito à saúde. Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo (2012, p. 22):

Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à preservação de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à preservação de doenças é, conseqüentemente, parte do direito à saúde. O direito à saúde não significa apenas o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.

Já para José Luís Bolzan de Moraes (2007, p. 81), o núcleo central do conceito de saúde estaria na ideia de qualidade de vida que, para além de uma percepção holística, apropria-se dos conteúdos próprios às teorias políticas e jurídicas contemporâneas, para ver a saúde como um dos elementos da cidadania como um direito à promoção da vida das pessoas. Seria, então, um direito de cidadania que projeta a pretensão difusa e legítima de não apenas curar e evitar doenças, mas de ter uma vida saudável, expressando uma aspiração de toda a sociedade como direito a um conjunto de benefícios que fazem parte da vida urbana, isto é, a vida na “polis na urbe”.

A Constituição Federal de 1988 aborda em diversos dispositivos a expressão “saúde”, citada, como garantia e dever do Estado, embora somente com a leitura desses artigos não se possa ter a noção exata do que é a saúde.

Na Constituição de 1988 a saúde, se apresenta como a área que mais mudou: a) alterou o conceito de saúde – como um processo de convergência de políticas públicas, econômicas e sociais; b) a saúde como

direito de cidadania e dever do Estado; c) a estratégia do SUS como profundo reordenamento setorial – novo olhar e atuação sobre a saúde individual e coletiva; d) a construção de um novo modelo de saúde; e) a descentralização das ações para a esfera estadual e municipal, delegando poderes para a formulação de políticas de saúde de acordo com as prioridades locais; f) a democratização do poder local, mediante o estabelecimento de novos mecanismos de gestão, por meio dos conselhos. Isso devido a incorporação do princípio da universalidade, que ampliou o acesso de toda a população.

Conforme a Lei n. 8.080/90, que regula a promoção, proteção e recuperação, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes tanto no âmbito público, como privado, o direito à saúde é direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício pleno (artigo 2º).

Também podem ser citadas as Leis n. 8.142/90 (Lei que regula a participação da comunidade na gestão do SUS) e n. 8.212 (Lei de Organização da Seguridade Social), que tem por objetivo prevenir, minimizar ou punir as consequências das ações que afetam a saúde humana.

O direito à saúde, como citado na Lei Orgânica da Saúde, é uma norma de direito fundamental, portanto, deve ter eficácia e efetividade possível, possibilitando sua direta aplicação na garantia de direitos e deveres dos indivíduos. No âmbito do sistema do Direito Constitucional positivo nacional – todos os direitos são fundamentais, tenham sido eles expressamente ou implicitamente positivados.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 49; 170; 189), a saúde é um direito fundamental de segunda dimensão que outorga ao indivíduo direito a prestações positivas que podem ser exigidas do Estado. O direito fundamental à saúde como direito à prestação implica em postura ativa do Estado no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

Neste sentido, o autor supracitado (2001, p. 302) examina as funções do Estado, se o mesmo deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades ou se deve almejar um padrão ótimo nesta seara, já que a saúde depende do alcance de um bem estar físico e mental, de maneira que se possa assegurar uma vida-digna, pois constitui elo dos direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, por isso a denominação trazida de vida-digna.

A saúde seria, então, respeitar, proteger e programar. Assim, deve

ser respeitada a vida dos indivíduos, não diminuindo em nem retirando dele a saúde. A proteção está vinculada com a ideia de resguardar a saúde dos indivíduos contra terceiros, bem como proteger com penalidades e sanções. E, por fim, a implementação de políticas públicas voltadas para a materialização da cidadania, vida-digna, promovendo o bem de todos em prol de uma sociedade mais justa e fraterna.

3 - A OMISSÃO DO ESTADO

Na Constituição de 1988 começam a surgir embriões dos princípios da solidariedade, fraternidade, igualdade, democracia, dentre outros. Embriões porque muitos deles, apesar de ter sua semente plantada na Constituição, não vingaram ou não floresceram como esperava a humanidade. O cenário atual do constitucionalismo infelizmente está à mercê de uma sociedade onde todos os indivíduos são respeitados pelas suas diferenças e alcançaram uma vida-digna.

A sociedade de forma ordenada vai se dividindo em grupos, que se diferenciam de acordo com a vontade dos seus integrantes, sofrendo influências de desejo, interesses e convicções.

A Constituição poderia ter sido mais breve, porque não importa o seu tamanho, importa sim que ela olhe para o futuro do seu país bem como para suas necessidades de organização, sem constar promessas que nunca irão ser cumpridas. A Constituição deveria ter sido baseada na história brasileira, sem copiar achismos e teorias estrangeiras que não terão legitimidade real.

Os cidadãos criaram expectativa de um futuro digno fundamentado com o surgimento da modernidade, o que trouxe a certeza de que todos os indivíduos são homens, mas poucos são cidadãos.

Nessa “era moderna” pergunta-se: qual é a condição para se ter uma vida-digna? O tema é de grande complexidade jurídica a ser analisada.

A Constituição de 1988 foi fundada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que a pobreza deveria ser erradicada, bem como a marginalização e as desigualdades sociais. Ter-se-ia um Estado o qual promovesse o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor e idade. Ao consultar a Constituição Brasileira, encontra-se um rol considerado de direitos nascidos do novo Estado Democrático, como por exemplo, o direito à saúde, à educação, à assistência social etc.

É papel do Estado Social de controlar os riscos da pobreza e da marginalização, não podendo colocar este ônus para a sociedade. Sua

responsabilidade é criar e manter as necessidades pessoais dos indivíduos. Helmut Wilke (2003, p. 71) afirma que “em uma sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada”.

A posituação dos Direitos Fundamentais, como justificativa para a existência do Estado Democrático e Social de Direito, impõe a necessidade de reconhecimento de tal realidade. Trata-se da situação de vulnerabilidade absoluta dos seres humanos pelas condições de miséria em que vivem nas periferias das grandes cidades ou nas zonas rurais esquecidas. Ou da situação das instituições prisionais, em que sobrevivem resilientes pessoas cujo universo e perspectiva de vida, muitas vezes, não ultrapassa os muros da segregação. (2012, p. 119)

A dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria e a realização da democracia participativa, vai além da lei, o que compreende a implementação de programas cumulativos para o desenvolvimento da vida-digna.

Nas palavras de Luiz Alberto de Souza Freitas, em palestra proferida na Universidade de São Paulo em Bauru /SP:

E assim, acontece com muitos outros direitos conquistados pelo cidadão brasileiro, só existem nos capítulos de nossa Constituição. Infelizmente, o cidadão não tem autonomia para exercer livremente todas as suas conquistas, é fãcil dar direitos, quando se tira a condição mínima de exercê-los. Um país que não respeita suas crianças e seus velhos é um futuro de país falido. É preciso criar um conceito pleno de cidadania, sem isso o Brasil será uma árvore condenada por frutos contaminados. A luta é com tudo que vai de encontro à vida, igualdade, ao sorriso das crianças e com uma saúde debilitada.

No mesmo sentido, Gustavo Zagrebelsky (2012, p. 122) em sua obra Democracia e Constituição, escrita em Madrid em 1991, disserta:

Tiene razón Hans-Peter Schneider cuando escribe: La Constitución posee, más bien, carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro ... y, por ello, siempre tiene algo de utopía concreta. De ello, resulta la orientación finalista del derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la cons-

titución son la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política [...] la constitución [...] se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales³.

A omissão do direito à saúde é chamada pela doutrina de dimensão negativa do direito à saúde, pois implica em uma conduta omissa, de não fazer do Estado, quando deveria fazer. Falta, no Brasil, prioridade, nos atendimentos, principalmente a crianças e adolescentes, idades em que os ricos de surgimentos de novos problemas sociais seriam minados.

É inegável a crise de identidade que os direitos fundamentais e os direitos humanos vêm enfrentando na medida em que o mundo se torna globalizado. A cada novo contexto social, acabam-se perdendo direitos antes conquistados, surgindo a necessidade de se alcançarem novos direitos e novos patamares para a consagração de uma vida-digna.

Para Ana Paula Costa Motta (2012, p. 24):

3 “Ele está certo, Hans-Peter Schneider, quando escreve: A Constituição em modelo de personagem bastante amplo, é um modelo de vida para a comunidade política orientada para o futuro...e, por conseguinte, sempre tem alguma utopia concreta. A partir daí, é a orientação finalista do direito constitucional sobre determinada orientação de pensamentos, diretrizes e mandatos constitucionais, refletindo as expectativas de poder constituído e prometendo uma melhoria nas circunstâncias atuais, ou seja, além de agravar apenas as relações de poder existentes. Estes objectivos da Constituição são a realização de uma verdadeira humanidade em termos sociais: respeito, dignidade para a humanidade de justiça social com base na solidariedade e no âmbito da igualdade e liberdade, criando condições socioeconômicas para a auto-realização e a emancipação e desenvolvimento humano. Responsabilização democrática-consciência política geral. Estes conteúdos da Constituição, na maioria das vezes, não estão presentes na realidade, mas sempre estão conscientes de uma futura configuração política [...] a Constituição [...] está ativamente produzida e transformada em prática de forma autônoma como participação democrática nas decisões do governo. (Tradução de Miguel Carbonell, 2005, 10. ed. São Paulo: Ed. Trotta S.A., p. 10 *Apud* COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 122).

Em meio de tantas contradições insuperáveis e opções políticas que geram contraste e exclusão, o desafio está em vislumbrar como é possível criar as condições para que as pessoas em especial vulnerabilidade sejam consideradas como prioridade absoluta, desde sua condição peculiar de desenvolvimento. Em última instância, o reconhecimento dos sujeitos adolescentes e de sua proteção normativa parece depender de uma mudança de atitude social, a qual se reflete na forma de intervenção do Estado.

[...]

Pretendeu-se identificar em que medida a intervenção do Estado na garantia de direitos reproduz relações de preconceito e pré-compreensões historicamente construídas sobre esses sujeitos.

O palco da vida real tem apresentado uma cena comum, onde pessoas são encontradas agrupadas em corredores de hospitais, sem o mínimo de cuidado e amparo, esperando por horas e ou dias para ser atendido, o que fere uma gama mensurável de direitos dos homens.

Os gestores não se preocupam se os poucos direitos que estão sendo fornecidos estão sendo efetivos ou suficientes para a realidade atual. Eles criam leis, mas não verificam se elas estão sendo úteis para a sociedade em determinado momento histórico. Inexiste qualquer mecanismo de fiscalização. Assim, fiscalizar, planejar e executar são verbos que não fazem parte do vocabulário dos governantes brasileiros. Na maioria dos casos em que se verifica alguma ação concreta é para a autopromoção de sua imagem.

Aqueles que dependem única e exclusivamente do Sistema Único Saúde para terem acesso aos direitos, precisam ir à justiça, entregando suas vidas e o desenvolvimento social e psíquico nas mãos do magistrado. Este fato decorre da omissão legislativa⁴ e executiva que impera hoje no Brasil. De fato, às avessas

4 O legislador deveria ter o “dever” de legislar, mas muitas vezes não faz, ficando em cima do muro em diversos assuntos, episódio este que abre caminhos para que o Judiciário intervenha na regulamentação dos direitos sociais. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, são deveres específicos de legislar: a) o dever de dar exequibilidade a normas constitucionais de densidade insuficientes; b) o dever de cumprir ordens de legislar, ou seja, determinações concretas e não permanentes, como a organização do Tribunal Constitucional; c) o dever de atualizar e aperfeiçoar as normas legais; d) o dever de reparar omissão legislativa parcial, em ofensa à igualdade. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21). Para Jorge Pereira da Silva: a) o dever de concretização de normas constitucionais; b) o dever de proteção de direitos fundamentais; c) o dever de correção ou adequação de leis vigentes; d) o dever de reposição da igualdade violada (Dever de legislar e de proteção jurisdicional contra omissões legislativas, contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. (SILVA, Jorge Pereira da.

os direitos vêm tentando se firmar, por meio de casos concretos.

Na defesa de maior humanização social é imprescindível o fortalecimento da solidariedade e da fraternidade, para que esses princípios passem a fazer parte das decisões judiciais, produzindo decisões mais sensíveis para o caso em debate, para a vida em questão.

Caso o Magistrado verifique inconsistência ou imprecisão na lei, deverá se decidir utilizando-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito, em atendimento ao artigo 126 do Código Processo Civil.

A busca pela satisfação da obrigação estatal pode ganhar contornos de internacionalidade, tendo em vista que, o Brasil faz parte Corte Interamericana de Justiça. Assim, quando o direito não é reconhecido internamente, é possível o acionamento dessa Corte Internacional.

Neste sentido, o artigo 2º da Convenção Interamericana de direitos humanos reza:

Se o exercício dos direitos e liberdade mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido pôr disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições dessa Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Ademais, completa o artigo 25 dessa Convenção: “Os Estados estão obrigados a garantir a possibilidade de apresentação de recursos perante os tribunais competentes que amparem as vítimas de violação”.

Não poderia ser diferente, até mesmo porque, conforme apontado por Guilherme Amorim Campos da Silva (2005, p. 296-324):

Um catálogo de direitos fundamentais não passará, porém, de letra morta se não se fizer acompanhar de mecanismos jurisdicionais efetivos e eficazes para assegurar o seu respeito e fazer valer a sua exigência perante todas as instituições que estão constitucionalmente obrigadas a realizá-las.

O Estado, diante da previsão constitucional do artigo 174, deve se planejar para cumprir os deveres intitulados na Constituição Federal, como segue:

Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas, contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 21). Assim, o legislador tem o dever de legislar, violado esse dever, gera omissão, o que não é novidade no Estado Social de Direito.

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

O artigo confirma a obrigação de fiscalização, planejamento e incentivo, três ações que não são realizadas atualmente. O planejamento envolve o poder legislativo e vincula os planos orçamentários de acordo com as bases constitucionais. Essa atitude aumentaria mais a transparência e controle sobre os gastos públicos, o que em longo prazo, haveria enorme mudança.

Devem-se construir novos caminhos para sanar as passagens da Constituição que não têm norma constitucionalizante. Por isso, é hora de aceitar o novo e valer-se das experiências da humanidade.

4 - OS CUSTOS ELEVADOS DA SAÚDE NO BRASIL:

Conforme constatado, o direito à saúde é direito de todos, *ipso facto*, portanto, todos têm o direito de se tornarem saudável ou, no mínimo, menos doente. É dever do Estado, por óbvio, fornecer-lhe meios de proteção de sua saúde, com tratamentos, reabilitação, habilitação etc. Trata-se de norma classificada como de integração, da subespécie completável, produzindo efeitos reduzidos, até que surja a norma integradora.

No entanto, essa espécie de norma constitucional, traz em si uma eficácia inibidora da legislação infraconstitucional, que não pode ferir o princípio garantido. Nesse sentido, torna-se inconstitucional qualquer medida legislativa ou produzida pela administração pública no sentido de inviabilizar o direito à saúde ou reduzindo a situação existente.

As pessoas atualmente encontram milhares de obstáculos quando tentam obter acesso aos serviços de assistência médica, por diversas questões estruturais e orçamentárias.

O Brasil tem hoje, em nível de saúde, um desenvolvimento abaixo do esperado mundial, igualando-se à África, deixando à frente cerca de oitenta países. Levantamento feito pela Organização Mundial da Saúde (OMS) afirma que não faltam médicos no país, mas a proporção de leitos é baixa se comparada à de outros países. Além disso, o Brasil é uma das trinta nações onde a população paga do seu próprio bolso mais de 50% dos gastos com a saúde.

Segundo o levantamento, as autoridades brasileiras incrementaram o orçamento destinado aos serviços de saúde nas últimas décadas. O aumento, porém, não foi suficiente para que o país atingisse a média mundial. A diferença entre o montante de recursos investidos em saúde pelo Brasil e pelos países ricos ainda é grande.

De acordo com a OMS (Organização Mundial da Saúde), o governo brasileiro no ano de 2000, destinou cerca de 4%, de seu orçamento para a saúde. Dez anos depois, a taxa subiu para 5,9%. No entanto, a média mundial é de 14,3% - a taxa brasileira chega a ser inferior à média africana. Do total que se gasta no país com saúde, 56% sai do bolso dos cidadãos e não das esferas governamentais. Apenas trinta dos 193 países analisados pela OMS (Organização Mundial da Saúde) enfrentam essa situação. Em 2000, no entanto, o índice era ainda maior: 59% dos custos da saúde saíam do bolso do cidadão. Ainda assim, a taxa de 56% está distante da média mundial, de 40%. Nos países ricos, apenas um terço dos custos da saúde são arcados pelos cidadãos. Em uma década, o governo triplicou o investimento por habitante. Mas, ainda assim, reserva a cada brasileiro apenas uma fração do que países ricos destinam a seus cidadãos. No Brasil, em 2000, o governo destinava em média, US\$107 para cada brasileiro, ao ano. Em 2009, o valor passou para US\$320, ainda inferior à média mundial: US\$549. Nos países europeus, os gastos médios dos governos com cada cidadão chegam a ser 25 vezes superiores ao do Brasil. É o caso de Luxemburgo, onde se gasta mais de US\$6,9 mil por habitante. Governos como Romênia, Sérvia, Arábia Saudita e Uruguai também destinam mais dinheiro por habitante que no Brasil.

Outro dado preocupante é que o país conta com 26 leitos para cada 10 mil pessoas (período 2005-2011). Oitenta países têm um índice melhor que o do Brasil, que está empatado com Tonga e Suriname. A média mundial é de 30 leitos para cada 10 mil habitantes. Na Europa, a disponibilidade é três vezes superior. Em relação à quantidade de médicos, o Brasil vive uma situação mais confortável. Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), são 17,6 médicos para cada 10 mil habitantes, acima da média mundial (14 por 10 mil). Ainda assim a taxa é a metade da registrada na Europa⁵. Vive-se em um país que as autoridades sanitárias não são eficientes, onde se terceiriza a saúde para o setor privado e as portas duplas dos hospitais permitem tratamento diferenciado àqueles que podem pagar, en-

5 JORNAL DE BAURU. **Gasto em saúde cresce, mas continua abaixo da média.** Disponível em: http://www.jcnet.com.br/editorias_noticias.php?codigo=223140. Acesso em: 09 de junho de 2019.

quanto o “povo” denominado de “segunda classe” permanece na fila.

O Brasil lamentavelmente tem cuidado da saúde baseado na vertente custo-benefício, ou seja, o pouco valor que ele investe deve beneficiar o maior número de pessoas, sem analisar a gravidade da patologia do indivíduo. O Estado não considera as doenças graves e específicas de cada caso, esperando a população adoecer sem intervir preventivamente.

O Sistema Único Saúde conta com vários inimigos que impedem alcançar sua finalidade. Muitos usam a doença como fonte de lucro não havendo interesse que o Sistema Único Saúde se desenvolva de forma universal e com a qualidade que deveria. Nesse sentido, pode-se citar uma saída sutil do governo ao criar as OSS (Organização Social da Saúde), entidades privadas sem fins lucrativos, que passaram a atender uma parcela da população, ou seja, investiu-se na saúde privada, deixando a saúde pública desmoronar. O Sistema Único Saúde deveria ser parte de toda a população brasileira, mas não é.

A Constituição veda a destinação de recursos públicos da saúde para auxílios e subvenções a instituições privadas com fins lucrativos. E essa vedação retrata bem a separação entre o público e o privado na área da saúde, que também não podem receber auxílios e subvenções públicas, nos termos do § 2º, do artigo 199, da Constituição Federal. A destinação de recursos públicos a entidades privadas – de qualquer área – para investimentos é definida como auxílio pela Lei n. 4.320/64 (transferência de capital – obras e aquisição de bens permanentes).

O apoio a entidades privadas para custeio de suas atividades é denominado pela Lei n. 4.320/64, de subvenção, que tanto pode ser social como econômica (transferência corrente). A subvenção econômica implica a diminuição de custos de produtos ou outros bens, como os alimentícios, conforme o interesse público.

Na área da saúde, a Constituição proibiu as subvenções e os auxílios. Como não fez distinção entre a subvenção social e a econômica, ambas estão proibidas. Como o auxílio é uma transferência sem paga, de capital público para o setor privado, não faria o menor sentido o Poder Público concorrer para o aumento do patrimônio de empresas de fins econômicos, uma vez que o investimento público (auxílio) fatalmente se incorporará ao seu patrimônio. Também a subvenção social não se justifica jamais se a entidade for lucrativa, uma vez o Poder Público estaria apoiando atividades econômicas de empresas privadas. O próprio nome social já indica que a sua área deve ser a social (entidades sem fins lucrativos) e não a econômica e financeira. Uma das interpretações para a proibição da subvenção econô-

mica seria a de que o legislador constitucional a vedou por não pretender o Poder Público subsidiar, de forma direta ou indireta, preços de serviços de saúde para as pessoas que optaram pelo serviço privado lucrativo, como é o caso, dentre outros, dos planos ou seguro saúde. As pessoas que acessaram os serviços públicos – abertos a qualquer uma delas – devem ser assistidas, de forma integral, gratuitamente.

O que se propala e isso passaram a ser uma justificativa, é que é muito caro manter água potável, saneamento básico, vacinas, erradicação das epidemias (o governo esconde as crises de meningite, poliomielite, pois ainda controla a censura no país ao seu favor). Todavia, a sua atitude de permitir que as pessoas adoçam sem qualquer tratamento especializado, tem lhe custado fortunas e levado sua falência.

É necessário que aconteça uma transformação radical na saúde brasileira, sob pena de se ficar andando em círculos, com a criação de novos programas, que não são efetivos, ou seja, investe um valor considerável na criação de um programa de promoção e prevenção, mas falta planejamento e fiscalização para saber se ele está atingindo sua finalidade.

Portanto, o que se conclui é que as condições de saúde deveriam ser melhores, pois a arrecadação tributária pode fazer frente aos investimentos na área, cabendo ao governo definir políticas e planos para que o dinheiro público seja corretamente aplicado.

5 - A AUSÊNCIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS

O Estado tem o dever de promover e proteger sua comunidade da aquisição de qualquer tipo de doença, vírus, epidemia oferecendo um cronograma de medidas a serem adotadas como preservação.

O Brasil pouco investe e incentiva a pesquisa no campo da saúde, mantendo poucos centros de vigilância e estudos genéticos, bem como incentivos a novos projetos de prevenção de doenças. Ocorre que com o avanço da ciência e da tecnologia, é possível evitar grande parte das anomalias e patologias conhecidas ainda no ventre materno. Algumas medidas simples como podem ser tomadas, como: informação correta sobre o período da vacinação, investigação hereditárias de familiares, campanhas de prevenção, ultrassons, acompanhamento gestacional, entre outros mecanismos de coibir um estado de vida saudável.

Existem períodos de vida do ser humano que requerem mais atenção do Estado, como por exemplo, o período de gravidez da mu-

lher. Nesse momento, a omissão estatal é quase que decisiva para o nascimento de uma criança saudável ou com alguma anomalia, ou seja, a conduta omissiva ou comissiva influenciará em como uma pessoa virá ao mundo. Para que tudo ocorra dentro do previsto de uma gravidez sadia, é indispensável um acompanhamento médico durante todo o período gestacional da mulher, envolvendo exames específicos, estudos genéticos, ingestão de vitaminas, ácido fólico etc.

A tecnologia e a ciência através de aparelhos ultramodernos, em 3ª e 4ª dimensões, permite que seja previamente analisado o estado em que o bebê está se formando no ventre materno nos mínimos detalhes. Esse caráter prévio é indispensável para toda mulher. A ausência de acompanhamento pode comprometer o desenvolvimento e o crescimento de uma criança.

Sabe-se que o Brasil é um país periférico, ou seja, com nível cultural baixo, motivo de muitas mães não saberem sobre os riscos que podem colocar a vida de seus pequenos. Isso porque muitas das formações congênitas estão comprovadamente associadas ao uso de medicamentos anteriores ao período gestacional, como é o caso da redução de membros (dentre outros).

A talidomida pode ser associada a anomalias como fendas orofaciais e uso de drogas anticonvulsivantes. A ausência de ácido fólico na gravidez pode causar o nascimento de bebês com fenda palatina, lábio leporino, malformações cardíacas e renais. As cardiopatias congênitas podem aparecer ainda na gestação, ou seja, ainda dentro do embrião, fazendo com que a criança nasça com a doença.

Alguns casos são tão graves que podem trazer sintomas dentro do útero ou imediatamente após o nascimento, com a necessidade de tratamento específico nas primeiras horas e dias de vida. Mas, a patologia mais grave, sem dúvida, é a mielomeningocele⁶. Nos últimos cinco anos foram registrados 2.600 novos casos da doença na sede da AACD, em São Paulo. Para tanto, tornam-se necessárias técnicas de prevenção para que esse número se torne decrescente.

Como em vários países, muitas mulheres não planejam a gravidez, expondo inadvertidamente seus embriões ao risco de morte. O pré-natal é de suma importância, para que sejam diagnosticadas qualquer anomalia (porque a maioria dos casos, as anomalias decorrem de casos genéticos, que po-

6 Trata-se de uma doença congênita e incurável, causada pela má formação da coluna e medula espinhal. A patologia pode restringir a vida da pessoa acometida a uma cadeira de rodas e a mais outras tantas limitações, uma vez que também causa paralisia de órgãos internos, como bexiga, rins e intestino, além de hidrocefalia. Para conter a mielomeningocele, um paciente pode precisar de uma série de cirurgias durante toda a sua vida. Mas todos os atendimentos têm caráter paliativo.

dem ser identificados precocemente), para que as crianças possam ter uma evolução clínica favorável, pois o tratamento será iniciado de imediato. Para se evitar muitas complicações, por exemplo, tem-se o teste do pezinho, o qual é obrigatório, pois nenhum recém-nascido sai do hospital sem este exame.

Deveria ser assim também com outros exames preventivos. Porém, o Brasil ainda não adotou a prática preventiva em seu cotidiano e não sana a incidência de doenças crônico-degenerativas e suas graves consequências.

Todas as pessoas têm direito a um tratamento especializado de saúde que envolva a prevenção, a reabilitação e a habilitação. O Sistema Único Saúde é responsável por financiar os valores referentes à saúde, devendo sempre acomodar as pessoas em locais que lhe ofereçam um tratamento adequado. Ocorre que tudo depende de ação conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para que se alcance efetivamente o direito à saúde.

CONCLUSÃO

A falha na prestação dos serviços básicos de saúde reafirma a questão da marginalização desses sujeitos, que passam a viver diariamente uma degradação de sua honra e dignidade.

As heranças políticas e sociais que sobrevivem ao longo da história não têm deixado o país se desenvolver. A pobreza cultural da população, gerada pelo baixo nível de educação e ausência de informação, impede que a comunidade forme sua opinião sobre um determinado assunto e seja capaz de enfrentar o tema.

Como se verifica, o Brasil não tem demonstrado avanços na efetivação de políticas de saúde, o que indica que há sempre um atraso que deve ser resolvido pelo Judiciário. Assim, nos parece que os fatos sempre correm atrás da justiça, do direito e da proteção. É preciso, portanto, enfrentar a máquina estatal e acordar o Legislativo e o Executivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos**: da idade média

ao século. XXI. Editora Saraiva, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Os estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Humcitec, 1995. *In*: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. *In*: MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Ceará: Universidade Federal do Ceará, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. 2.ed. São Paulo, 2007 apud CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo. Saraiva/Almedina, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, Guilherme Amorin Campos da. Sistema constitucional dos direitos fundamentais. *In*: **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. ver. anual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. Gestão compartilhada sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde. *In*: SCHWARTZ, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 108-162. Disponível em: <http://portal2.>

tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058708.PDF. Acesso em 26 de junho de 2016.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. *In*: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes (org.). **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS POR UM MODELO ESTATAL INCLUSIVO: O ESTADO SOCIAL COMO ESTADO CONTEMPORÂNEO?

ISADORA FERREIRA NEVES¹

KELLY DE SOUZA BARBOSA²

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho ocupa-se de problematizar o Estado Social como Estado Contemporâneo pela análise do papel do Poder Judiciário no contexto atual brasileiro. Para tanto, utiliza-se uma abordagem sincronizada com a Teoria do Estado, sob o ponto de vista de países que não lograram implementar o rol de direitos fundamentais atrelado às promessas da modernidade.

Assim, pautada na pesquisa bibliográfica, a investigação se inicia com as possibilidades de uma Teoria do Estado e quais são as peculiaridades desse termo, que engloba tantos universos distintos. Na sequência passa-se a uma observação da trajetória do Estado Liberal ao Estado Social. Ou seja, de um modelo estatal absenteísta e individualista - fruto das revoluções liberais e símbolo do triunfo da burguesia -, até um modelo estatal social que, inspirado na teoria keynesiana, alega conciliar o progresso social e o crescimento econômico num sistema capitalista.

O Estado Social é, por isto, resultado do desgaste do ideário liberal, que se apresentava tanto do ponto de vista social quanto do ponto de vista econômico. A teoria keynesiana demonstrou como era necessário, naquele contexto, o aumento da capacidade aquisitiva das massas, de modo a movimentar a economia capitalista.

1 Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Independente do Nordeste - FAINOR. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), bolsista CAPES/PROEX. Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa CAPES/PROEX. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, com bolsa CAPES/PROSUP (2018). Especialista em Direito Processual Cautelar pela Universidade Cândido Mendes - UCAM / Instituto Prominas (2017). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, Unidade Passos (2015). Membro do Grupo de Direito, Risco e Ecomplexidade. Advogada.

O *Welfare State* é interventivo e promocional, e foi idealizado para que as classes dominantes assegurassem a própria manutenção do sistema. Em um modelo econômico assentado no consumo, não era possível que a multidão de excluídos ficasse à par da circulação do capital.

Não obstante essa concepção de Estado se manifestar de formas diversas nas várias regiões em que foi adotado, observa-se como elemento unificador a agregação da função social (questão social) aos objetivos do Estado, que se incumbe de direitos prestacionais.

O Estado Social, todavia, é “uma vítima dos seus próprios fracassos”. A sua meta de bem-estar é vaga e ilimitada, o que provoca incongruências na sua estrutura e, especialmente, na sua capacidade fiscal/financeira. A revolução tecnológica, as transformações do conceito de soberania, dentre outros fatores, impõem novas reflexões ao Estado Social na contemporaneidade.

Em outro momento, parte-se à abordagem do Estado Democrático de Direito e do “plus normativo” que lhe é agregado, através do objetivo transformador que permeia este conceito. Nesse contexto, o Poder Judiciário se posiciona na esfera de tensão, uma vez que o Estado Democrático de Direito é o *locus* privilegiado do acontecimento da Constituição dirigente. De modo que, o Poder Judiciário, acionado através da Jurisdição Constitucional, ganha papel de destaque.

Por esse motivo, faz-se pertinente o estudo sobre os rumos do Estado Social como Estado Contemporâneo, bem como dos reflexos desse processo na atuação jurisdicional. Nessa perspectiva, passa-se à discussão do neoliberalismo e de como o ideário neoliberal contribui para que se evidenciem as contradições do Estado Social, o qual sofre de uma crise estrutural ocasionada pela contradição de suas fórmulas.

Também serão utilizadas as contribuições do paradigma teórico garantista para o reconhecimento de que é necessário um Poder Judiciário atuante na tutela dos direitos fundamentais e no controle do exercício legal dos poderes estatais. Tendo em vista, especialmente, as transformações decorrentes tanto dos textos constitucionais, como da própria concepção de Estado Democrático de Direito.

Por fim, trata-se do fenômeno da judicialização da política como uma contingência decorrente de um déficit social em países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro, e da necessidade de uma concepção substancialista da jurisdição constitucional para abordar essas questões.

2 - PELOS CAMINHOS DA MODERNIDADE: DA ABSTENÇÃO À INCLUSÃO

2.1 - ASPECTOS GERAIS DE UMA TEORIA DO ESTADO

Quando se menciona sobre Estado Contemporâneo³ - tendo como referência o modelo de Estado qualificado como Estado Social - é pertinente uma abordagem geral sobre alguns aspectos gerais da Teoria do Estado para sua melhor compreensão.

Adverte Canotilho que o termo “Estado” nunca está só: vem sempre acompanhado de adjetivos, o que pode ser demonstrado pelo uso dos termos “Estado Federal”, “Estado de Direito”, entre tantos. Um Estado desprovido de adjetivos indica, para ele uma incongruência, uma vez o termo “Estado” isoladamente não tem substância, é uma fórmula que precisa ser agregada de impressões. (CANOTILHO, 2002, p. 27).

Ao discutir quais seriam as possibilidades de uma Teoria do Estado, Bercovici aponta que a noção de Estado não é universal e a-histórica, pelo contrário: serve para designar um modelo europeu, pós Idade Média, que se propaga por outras regiões do mundo. Para o estudo do Estado, necessária a atenção à história dos fatos, das ideias e das representações sociais. (BERCOVICI, 2006, p. 325-343).

A partir da oposição entre os posicionamentos de Carl Schmitt (que defendia que o Estado era a entidade que concentrava toda a questão política) e Hermann Heller (para quem o povo - e não o Estado - é sujeito da soberania, de forma que uma Teoria do Estado deveria envolver uma investigação específica da realidade estatal e social, sua formação real e histórica), Bercovici propõe uma renovada Teoria do Estado. Esta teoria, para que se adeque aos percalços dos dias atuais, deve objetivar a compreensão das relações entre Estado, política, direito e economia.

Van Creveld, por sua vez, lembra que a utilização do termo “Estado” deve ter em atenção que, embora formalmente os Estados sejam todos iguais, na realidade prática, as diferenças nas conformações estatais são muitas, e vêm se acentuando. Nesse passo, pode ser perigosa a

3 Adota-se a terminologia de Estado Contemporâneo com “C” maiúsculo significando o Estado Social e suas vertentes vinculadas à ideia de função social. Nesse sentido: “Estamos utilizando o termo contemporâneo com “c” minúsculo, pois estamos lidando com as questões que envolvem o Estado nos dias atuais, e não apenas na sua formulação como Estado Contemporâneo, caracterizado, como sugere Cezar Pasold, pelo desempenho de um caráter finalístico vinculado à ideia de função social.” (MORAIS, 2011a, p. 11).

comparação dos Estados Unidos e seu poderio econômico, político, bélico, sua extensão territorial, com países cuja vulnerabilidade é tamanha que ficam sujeitos aos interesses de empresas multinacionais (CREVELD, 2004, p. 485) -, como ocorre com o Brasil.

2.2 - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

O objeto “Estado” relata uma instituição histórica e dinâmica, não definitiva, possuindo origem e historicidade que merecem a devida atenção. Adota-se como ponto de partida o Estado Moderno que, na linha das colocações de Jose Luis Bolzan de Moraes, consiste naquele que aparece unificado em um centro de tomada e implementação de decisões, caracterizado pelo poder soberano incontestável sobre um território. (MORAIS, 1996, p. 76-84).

A partir do Estado Moderno, há a formação da dicotomia absolutista/liberal. Na sua modalidade absolutista, o Estado se identifica com a própria figura do monarca, enquanto o Estado Liberal é marcado principalmente pela limitação de poder, pelas garantias individuais e pelo livre desenvolvimento do mercado.

O triunfo do Estado Liberal, como fruto das revoluções liberais, significa a vitória da burguesia em seus anseios por ascensão econômica e social, marcando a derrocada do absolutismo. Bolzan e Streck apontam quatro características do Estado Liberal. A primeira consiste na separação entre o Estado e a sociedade civil mediada pelo direito, este visto como um ideal de justiça. A segunda, na garantia das liberdades individuais – os direitos fundamentais aparecem como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado. A terceira, no fato de que a “democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela revolução francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado”. A quarta, de que o Estado passa a ter um papel reduzido, apresentando-se como Estado mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. (BOLZAN; STRECK, 2010, p. 95).

Este modelo liberal de Estado, contudo, sofre desgaste em virtude de uma série de circunstâncias que culminam no surgimento do chamado Estado Social. A respeito do itinerário do Estado Liberal em direção ao Estado Social, são fundamentais as lições de Avelãs Nunes quanto aos fatores que compõem esta transição. Primeiramente, o fato de que a revolução industrial aumenta a produ-

tividade e a capacidade de criação de riqueza, mas também as desigualdades sociais: as cidades não ofereciam condições para receber tantas pessoas e a indústria não conseguia absorver toda a massa de trabalhadores. (NUNES, 2011, p. 59).

O sistema capitalista, ao articular-se com a indústria, demonstra a sua característica de ser alheio ao ideal de uma civilização igualitária, o que torna visíveis as suas contradições, bem como a impossibilidade de mecanismos automáticos de regulação do mercado, servindo de fundamento para um governo democrático da economia (NUNES, 2011, p. 6).

A teoria keynesiana aparece como contraponto aos economistas clássicos que lastrearam o pensamento econômico liberal: aponta o desemprego involuntário e a desigualdade natural de riqueza e rendimento como os dois vícios das economias capitalistas, vícios esses cuja correção seria responsabilidade do Estado. Segundo esta teoria, inspiradora da transição para o Estado Social, as desigualdades econômicas contrariam o desenvolvimento da riqueza e a própria manutenção da economia capitalista, de modo que seria possível conciliar o progresso social e a eficácia econômica. (NUNES, 2011, p. 67).

O Estado Social surge, nesse contexto, como resposta à necessidade de intervenção do Estado na economia, em nome do princípio da responsabilidade social coletiva.

Nesse sentido, é importante lembrar que este Estado Social, para Avelãs Nunes (2011, p. 67), não pretendia promover, assim como não promoveu, uma revolução social. Ele se enquadra, de fato, na lógica do capitalismo. Um exemplo disso é o fenômeno da política de redistribuição do rendimento, através do qual o Estado, por meio das prestações de direitos sociais, financia o próprio desenvolvimento das forças produtivas, propiciando mão-de-obra mais qualificada, capaz de produzir mais, dando maior rendimento aos empregadores e propiciando vantagens aos donos do capital. Nessa mesma linha, urge transcrever as afirmações de García-Pelayo:

Em termos gerais, o Estado Social significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o Estado Liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Não devemos ver as medidas criadas para permitir tal adaptação como algo totalmente novo, mas como uma mudança qualitativa de tendências surgidas no século XIX para regular,

naquele momento, aspectos parciais da sociedade, regulação que passa, na atualidade, por um processo de generalização, integração e sistematização. (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 6).

Este modelo de Estado tem como objetivo primordial harmonizar o princípio do mercado com o equilíbrio e os avanços sociais, através de políticas de distribuição e redistribuição de ingressos, nivelção de patrimônios e de cargas e pleno emprego. Deve-se ressaltar, contudo, que o bom funcionamento da economia de mercado ainda é considerado como pressuposto básico do desenvolvimento social, e que essas políticas de redistribuição somente têm aceitação uma vez que não sejam obstáculo ao sucesso da economia. (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 58).

Especificamente no contexto brasileiro, Celia Kerstenetzky reconhece três ondas de inovação institucional e difusão de direitos sociais no Brasil. A primeira onda corresponde aos anos de bem-estar corporativo, entre 1930 e 1964, nos quais foram implementadas as legislações trabalhistas e previdenciárias, fase que se estende de modo principalmente inercial e incremental entre 1946 e 1964. Na sequência, o período de universalismo básico, compreendido entre os anos 1964 e 1984, quando se unificou e estendeu, de modo diferenciado, a cobertura previdenciária para extratos sociais tradicionalmente excluídos e se criou um segmento privado simultaneamente a um público na saúde, este último voltado para os não cobertos pelos segmentos contributivo e privado. E, finalmente, o período pós-1988, com a institucionalização da assistência social, a fixação de um mínimo social, a extensão da cobertura previdenciária não contributiva, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e a política de valorização do salário-mínimo. (KERSTENETZKY, 2012, p. 181).

A autora reconhece que a lentidão com que se desenvolveu no Brasil um Estado Social reflete a sua baixa prioridade nos projetos de desenvolvimento econômico em décadas precedentes. Boa parte do período formativo do estado de bem-estar no país foi dominada por governos não democráticos, pouco atentos aos direitos sociais e as políticas inclusivas. Após quase oito décadas de políticas pouco sensíveis à questão distributiva - as quais deixaram um considerável passivo social -, somente nos primeiros anos do século XXI é que o país finalmente começa a experimentar reduções significativas das desigualdades econômicas. (KERSTENETZKY, 2012, p. 257).

A Assembleia Constituinte de 1987/1988 marca a redemocrati-

zação do Brasil e inaugura uma ampliação substancial no rol de direitos fundamentais de diversas dimensões, conferindo a estes direitos aplicabilidade imediata e proteção diante do poder de reforma. A Constituição Brasileira de 1988 contribui, ainda, para o fortalecimento do Ministério Público como instituição, a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a instituição do controle de constitucionalidade por omissão.

Todos esses pontos são relevantes para destacar que o texto constitucional insere a garantia jurídica de uma partilha mais equitativa dos resultados econômicos. Todavia, as instituições públicas têm sido retardatárias nesse processo, evoluindo muito lentamente, no que concerne à concretização dos direitos humanos e principalmente dos sociais.

3 - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O “PLUS NORMATIVO”

Como visto, o Estado Social de Direito agrega ao ideário liberal a questão social advinda dos conflitos inerentes ao modelo industrial desenvolvimentista, de forma que nesse modelo de Estado emergem garantias a prestações estatais positivas relativas aos direitos sociais.

Por Estado Democrático de Direito se entende, no sentido em que coloca Jose Luis Bolzan de Moraes, um aprofundamento ou transformação de dois elementos: primeiramente do Estado de Direito e, por outro lado, da concepção de Estado Social. O autor define que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que se tem a permanência da questão social atrelada ao conceito de Estado Social ou *Welfare State*, há a sua qualificação pelo caráter transformador que agora se incorpora e que consiste no chamado “plus normativo”. (MORAIS, 2011a, p. 30 e 69).

O Estado Democrático de Direito aparece, por conseguinte, como uma sucessão histórica do Estado de Direito, o qual já havia passado por seu nascedouro como Estado Liberal de Direito e, após, como Estado Social de Direito, marcado pelo enfrentamento dos dilemas não resolvidos. (MORAIS, 2011a, p. 49-50). Esse qualificativo de Estado tem como marca fundamental a sua finalidade de reestruturação social, o que confere novos contornos à já conhecida questão social. Esse modelo de Estado revela, nesse sentido, a necessidade de garantir a existência democrática das instituições, impedindo a volta

dos regimes totalitários, atrelada à democratização das condições sociais, econômicas e culturais.

A definição do Estado Democrático de Direito passa, ainda, pela noção de que este tem como objetivo um projeto solidário de bem-estar, em que a atuação do Estado é tida com o teor de transformação do *status quo*, como um instrumento de mudanças sociais. Seu principal ator são as coletividades difusas, estando o ordenamento jurídico determinado ao desenho de instrumentos de garantia e implementação do futuro. (MORAIS, 1996, p. 72-75).

Nesse paradigma, oriundo da síntese entre o Estado de Direito e o Estado Social, em que lhe é agregado um plus normativo, o Poder Judiciário passa a ser o centro pulsante da esfera de tensão entre os demais poderes. O direito passa a ser visto, então, como um agente transformador da realidade social por meio da efetiva tutela dos direitos fundamentais e do princípio democrático. (OLIVEIRA, 2013, p. 7).

Dessa forma, o Poder Judiciário se posiciona na esfera de tensão. Essa afirmação se demonstra em decisões que conferem viabilidade a políticas públicas ocasionadas pela inconstitucionalidade por omissão. Como adverte Rafael Tomaz de Oliveira, o Estado Democrático de Direito é o *locus* privilegiado do acontecimento da Constituição dirigente e o Poder Judiciário, acionado através da Jurisdição Constitucional, ganha papel de destaque nesse acontecimento. (OLIVEIRA, 2013, p. 9).

Ressalte, todavia, as adequadas considerações de Jose Luis Bolzan de Moraes a respeito do risco de uma mitificação do Estado de Direito, de forma que este seja um mecanismo de opressão dada pela juridicização integral do cotidiano e pelo seu caráter retórico-argumentativo como opressor da política e do debate público. (MORAIS, 1996, p. 72-75).

Isto posto, é relevante o debate a respeito do papel da jurisdição no contexto do Estado Democrático de Direito, em especial nos países que não lograram cumprir as promessas igualitárias trazidas pelo Estado Social, tema que será abordado no tópico a seguir.

4 - A JURISDIÇÃO E O RESGATE DAS PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS DA MODERNIDADE

4.1 - CRISE ESTRUTURAL E NEOLIBERALISMO

A modernidade⁴ evidencia as dificuldades de manutenção do projeto de Estado Social. Como coloca Jose Luis Bolzan de Moraes, o Estado Social sofre um embate com ele mesmo, tendo em vista que as mudanças trazidas nos textos constitucionais e, em especial, no que se refere aos direitos humanos, constituem promessas cujo grande desafio estatal é a sua concretização. (MORAIS, 2011b, p. 150).

Nesse cenário, desaparece o caráter assistencial/caritativo da prestação de serviços por parte do Estado e estes passam a ser vistos como direitos sociais inerentes à cidadania e à própria noção de dignidade humana. A busca pela concretização dos direitos sociais como demandas levadas ao Poder Judiciário passa a ser uma das características da contemporaneidade.

A grande discussão repousa, por consequência, na exaustão das fórmulas que compõem o Estado Social: como aliar um projeto constitucional marcado por um constitucionalismo compromissório e social diante

4 Urge rememorar que em países de modernidade tardia, como o Brasil, a experiência moderna europeia, em que os modelos estatais surgem em uma determinada sequência histórica, não foi vivida da mesma forma. No Brasil, por exemplo, as modalidades social e democrática se imiscuem num único momento.

A modernidade surge como movimento de ruptura com os paradigmas medievais, num primeiro momento como advento do Estado Absolutista e o desfazimento do modelo de sociedade feudal. Em um segundo momento, transmuta-se essa ordem estatal para o modelo liberal, a partir das revoluções burguesas, da sedimentação do capitalismo – num primeiro momento comercial e após industrial-produtivista –, da ascensão do sujeito à condição de indivíduo, da filosofia racionalista e, sobretudo, da manutenção dos vínculos sociais individuais. Com a articulação do proletariado já exaurido nas fábricas, e a consequente crise estatal-social, se proclama o Estado Social a partir de um catálogo de direitos sociais-prestacionais devidos pelo Estado que, passa a ser gerente e protetor. No Brasil, entretanto, essa lógica evolutiva não foi vivida, uma vez que o Estado Social surge como Estado Social e Democrático de Direito com o advento da Constituição de 1988 e a entrada do país no rol do dirigismo constitucional. Tal situação provoca a extenuação do Direito como colocado em *terrae brasilis* já que, os direitos fundamentais-sociais se multiplicam e o Estado não consegue dar vazão a estas necessidades.

Nesse sentido, recomenda-se a leitura do artigo científico “Constituição ou Barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito”, elaborado por Lenio Luiz Streck, publicado em 2001 pela Revista Doutrina, especificamente as páginas 267-278.

de circunstâncias que não favorecem a sua realização, não apenas no que tange às suas condições materiais, mas, também diante das mudanças nos lugares e atores do agir e do fazer político. (MORAIS, 2011b, p. 149).

O Estado Social é acometido por uma crise estrutural (MORAIS, 2011a, p. 26-29) em seu caráter interventivo-promocional agregado pela questão social, de modo que a trajetória desse modelo estatal é marcada, como lembra Jose Luis Bolzan de Moraes, por uma dupla face: ao mesmo tempo em que a intervenção pública consiste numa exigência dos movimentos de trabalhadores, a atividade interventiva do Estado é um instrumento de manutenção e desenvolvimento do próprio sistema, assegurando condições infraestruturais para a sua continuidade. (MORAIS, 2011a, p. 27).

Um dos componentes para a exposição do Estado Social a todas essas contradições é, sem dúvida, o neoliberalismo. Ele exclui da esfera estatal a responsabilidade pelas questões relativas à justiça social, negando a legitimidade das políticas de redistribuição do rendimento que tenham como objetivo reduzir as desigualdades de riqueza e de rendimento, na busca pela equidade e justiça social. (NUNES, 2011, p. 129). Nas palavras de Avelãs Nunes:

Os neoliberais voltam, assim, as costas à cultura democrática e igualitária da época contemporânea, caracterizada não só pela afirmação da igualdade civil e política para todos, mas também pela busca da redução das desigualdades entre os indivíduos no plano econômico e social, no âmbito da necessidade e do risco, objetivo que está na base dos sistemas públicos de segurança social. Os neoliberais regressam ao velho mito individualista de que cabe a cada indivíduo (como seu direito e como seu dever) organizar a sua vida de modo a poder assumir, por si só, o risco da existência (o risco da vida) e acautelar a sua própria sobrevivência. (NUNES, 2011, p. 131).

Como se pode perceber pelas contribuições de Alexandre Moraes da Rosa, o neoliberalismo se operacionaliza pela diminuição dos custos internos dos agentes de produção (as empresas), principalmente nos custos do trabalho e dos impostos. O deslocamento da avaliação exclusivamente pelos números deixa de lado toda a questão social - trazida à baila com o paradigma do Estado Social - para se fixar num mundo matemático e estatístico. Nesse quadro, a questão social é circunscrita aos limites necessários à estabilização econômica, não necessariamente conectada a um ideal de justiça social. (ROSA, 2010, p. 156 e 159).

A relação do neoliberalismo com a atividade jurisdicional, por sua vez, se dá de forma um tanto controversa, uma vez que um Sistema de Justiça burocratizado é apontado como um dos fatores responsáveis pela estagnação econômica. Está associada ao neoliberalismo, nesse sen-

tido, uma revisão dos limites e das possibilidades do Estado tal como da Constituição, antes voltados à construção do Estado do Bem-Estar Social através da garantia dos direitos fundamentais. O ideário neoliberal funcionaria, portanto, como um receituário capaz de tornar o Estado eficiente e livre da estagnação econômica. (ROSA, 2010, p. 162).

Em suma, como ressalta Jose Luis Bolzan de Moraes (2011a, p. 40), está-se diante de uma crise constitucional, que se apresenta no processo de desconstitucionalização elaborado pelo neoliberalismo, consistente no descompasso entre as promessas contempladas pelo constitucionalismo e a vontade política e condições econômicas para a sua concretização.

4.2 - FERRAJOLI E A JURISDIÇÃO COMO PODER DE GARANTIA E IMPLEMENTO DO ESTADO (AINDA) SOCIAL

Um fenômeno comum a todas as democracias avançadas é a expansão crescente do papel da jurisdição. Trata-se de um fenômeno que, por sua vez, está conectado com a expansão do papel do direito como uma técnica de regulação e de limitação dos poderes públicos, produzida com o crescimento da complexidade dos atuais sistemas políticos e como consequência do paradigma do Estado de Direito. (FERRAJOLI, 2008, p. 208).

Ferrajoli afirma que a toda expansão do princípio da legalidade, a cada passo dado na tarefa de limitação e sujeição do poder ao direito, tem correspondido, inevitavelmente, a uma ampliação dos espaços da jurisdição. Por outro lado, a atual expansão do papel do direito e da jurisdição se explica por dois fenômenos convergentes e estruturais. A mudança na estrutura do sistema jurídico, produzida na segunda metade deste século com sua evolução nas formas do Estado constitucional de direito. E a transformação na estrutura do sistema político, produzida pelo contemporâneo desenvolvimento do Estado Social e, em consequência, pela sua intervenção na economia e na sociedade. (FERRAJOLI, 2008, p. 208).

A primeira transformação – na estrutura do sistema jurídico – se produz com a introdução, sobretudo depois da segunda guerra mundial, das constituições rígidas, que incorporaram princípios e direitos fundamentais como limites e vínculos já não só ao Poder Executivo e Judiciário, mas também ao Poder Legislativo.

A segunda revolução, produzida no último pós-guerra com as constituições rígidas, significa completar o Estado de direito, ou seja, a sujeição de todos os poderes à lei. Isto quer dizer que também se inclui o Poder Legislativo nessa sujeição à lei e, portanto, sua subordinação ao

direito, mais precisamente à constituição, no que concerne às formas e procedimentos de formação das leis assim como no plano dos seus conteúdos.

No Estado constitucional de direito o legislador não é onipotente, no sentido de que as leis emanadas por ele não são válidas somente pelo fato de sua entrada em vigor - ou seja, por terem sido produzidas na forma estabelecida nas normas sobre sua produção -, mas também por resultarem coerentes com os princípios constitucionais. Tampouco a política é onipotente, ao reverter a sua relação com o direito: também a política e a legislação, que é seu produto, se subordinam ao direito.

Assim, já não é possível conceber o direito como instrumento da política, mas esta deve ser assumida como instrumento para a atuação do direito, especialmente dos princípios e dos direitos fundamentais inscritos nesse projeto, ao mesmo tempo jurídico e político, que é a constituição. (FERRAJOLI, 2008, p. 210).

Ferrajoli afirma que o sistema político sofre transformações relativas à ampliação das funções próprias do Estado Social, provocadas pelo crescimento do seu papel de intervenção na economia e pelas novas prestações que demandam os direitos sociais constitucionalizados. Esse acúmulo de funções ocorre, entretanto, sem a previsão de garantias efetivas para os novos direitos, sendo ausentes os mecanismos eficazes de controle político e administrativo. (FERRAJOLI, 2008, p. 211).

Este fenômeno atribui à jurisdição um novo papel: a defesa da legalidade frente ao abuso de poder. Esse papel central, uma vez que a defesa da legalidade equivale à defesa do princípio da sujeição à lei de todos os poderes públicos, próprio do Estado de Direito, que é, por sua vez, pressuposto essencial da democracia. (FERRAJOLI, 2008, p. 212).

A atividade jurisdicional atua, por esse ângulo, na sujeição à lei por parte de todos os poderes públicos e como uma forma de limitação à democracia formal, procedimental ou plebiscitária. Ferrajoli entende a democracia em sua dimensão constitucional ou substancial, relativa ao conteúdo do que se é lícito decidir a maioria, ou não decidir, nem mesmo por unanimidade. Essa mudança de paradigmas é que oferece um novo fundamento democrático ao papel do juiz no Estado constitucional de direito, não oposto e sim complementar à dimensão procedimental da democracia política.

Para o referido autor não prospera o entendimento da jurisdição como um controle genérico de legalidade apto a provocar invasões na esfera do que é decidível pela política, uma vez que a jurisdição intervém naquilo que à política não é lícito decidir: sobre a invalidade e ilicitude dos atos frente à legalidade constitucional. Para ele, ocorre que a justiça deixa de ser poli-

tizada e os juízes deixam de fazer política no momento em que começam a cumprir com o seu dever de estender o seu controle sobre as ilegalidades perpetradas pelos poderes públicos. (FERRAJOLI, 2008, p. 215).

A partir da leitura de Ferrajoli, pode-se perceber que o seu garantismo representa uma espécie de complemento ao Estado de Direito, demandando uma submissão dos poderes ao controle de constitucionalidade. A própria legalidade também é submetida à coerência com as normas constitucionais, por meio de Constituições rígidas que positivam os princípios e os direitos fundamentais, atuando estes como limites e vínculos à vontade da maioria.

Embora o autor reconheça o papel fundamental que tem a jurisdição no Estado constitucional no que concerne à tutela dos direitos fundamentais e ao controle dos poderes públicos, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes. Para Ferrajoli, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais.

Dessa forma, o paradigma teórico garantista envolve a elaboração de limites e garantias também ao exercício do poder judicial. Isso porque, no Estado constitucional de direito, a atividade dos juízes está limitada pela lei e vinculada à Constituição. Por outro lado, a jurisdição constitucional assume também um papel de destaque no cenário garantista, uma vez que ao Poder Judiciário é atribuída a função de garantia ou tutela dos direitos fundamentais no regime democrático e ainda de controle do exercício legal dos poderes públicos.

4.3 - JURISDIÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A NECESSIDADE DE UMA CONCEPÇÃO SUBSTANCIALISTA DE JURISDIÇÃO EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA

Seguindo a linha de raciocínio que começa com a constatação das contradições de que sofre o Estado Social, passando pela abordagem garantista do papel de destaque que ganha o Poder Judiciário nesse contexto, passa-se a uma breve abordagem das possibilidades da jurisdição nos países de modernidade tardia, especialmente no caso brasileiro.

Esse questionamento assume grande importância ante a presença de textos constitucionais carentes de efetividade, tornando-se fundamental a discussão da situação da jurisdição constitucional frente ao Estado Democrático de Direito, de modo que a abordagem desses dois conceitos deve ser conjunta, sob pena de uma discussão alheia aos fatos da realidade social.

No Brasil, este problema é tratado frequente sob o prisma da chamada judicialização da política. Werneck Vianna ressalta que o Estado de Bem-Estar Social combina o dirigismo econômico característico do keynesianismo com uma transformação operada no sistema jurídico, que passa a transpor as barreiras entre o público e o privado. Para o autor, a admissão do elemento de justiça pelo direito e a proteção jurídica dos indivíduos economicamente desfavorecidos acarretou em uma “judicialização do mercado de trabalho”, no sentido em que a justiça social, de demanda inerente à sociedade civil, passa a ser um tema da agenda do Direito. Tal aspecto denota que a convivência harmoniosa de interesses divergentes, antes restritos aos auspícios dos movimentos sociais, passa a se pautar pela regulação do Poder Judiciário. (VIANNA, 1999, p. 16).

Ao fenômeno da “invasão do direito na organização da vida social” o autor dá o nome de “judicialização das relações sociais” (VIANA, 1999, p. 149), caracterizado pelo envolvimento das sociedades contemporâneas na semântica da justiça. Dessa forma, é transmitido ao direito e ao Poder Judiciário o papel de resguardar as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.

De fato, a inserção de um catálogo de direitos fundamentais no texto constitucional transmite ao Estado Social uma agenda igualitária, que afeta não somente as instituições públicas, como também as relações privadas em vários aspectos do comportamento cotidiano, motivo pelo qual é demandada a intervenção do direito para o reconhecimento das mais diversas condições no âmbito das relações privadas.

A judicialização da política na experiência brasileira, portanto, não é exclusivamente resultado de um protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil, que têm encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses. Dessa forma, a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social que foi provocado, no caso brasileiro, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social e pelo aumento da litigiosidade.

Nessa linha, Lenio Streck aponta a necessidade de que, em países periféricos que não lograram concretizar as suas pretensões de construção de um Estado Social, se adote uma concepção substancialista da atividade da jurisdição constitucional que não pode ser confundida com qualquer filiação à filosofia da consciência ou aos ativismos Judiciais. (STRECK, 2011, p. 87).

Em países de modernidade tardia, principalmente no Brasil, a

jurisdição constitucional deve atuar de modo a promover uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado. Isso mediante uma atividade que considere a realidade de que os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, trazidos pela Constituição de 1988 têm precedência diante até mesmo de leis aprovadas democraticamente pela maioria (STRECK, 2011, p. 83), no mesmo sentido do que foi tratado no tópico 4.2. Para corroborar com o exposto, segue abaixo as relevantes afirmações de Jose Luis Bolzan de Moraes.

Assim, resumidamente, pode-se dizer que a Constituição – em uma perspectiva que podemos nomear substancialista – como expressão do pacto social, nada mais é – e por isso mesmo é muito – do que aquele acordo de vontades (pacto fundante) políticas desenvolvido em um espaço democrático que permite a consolidação histórica das pretensões sociais de um grupo, consolidando, hoje em dia, não apenas aquilo que diga respeito única e exclusivamente aos seres humanos individual, coletiva e difusamente, mas também os diversos fatores e seres que influem na construção de um espaço e de um ser-estar digno no mundo – e.g. meio ambiente, espaço urbano, ecossistemas, etc. –, bem como as preocupações futuras para com aqueles que estão por vir, para além de funcionar como uma estratégia de estabilização de conquistas e de forjar instrumentos que deem condições para a prática dos conteúdos nela expressos. (MORAIS, 2011, p. 72-73).

Em se tratando de Teoria do Estado, imperioso ressaltar que os fenômenos abordados neste trabalho estão intimamente relacionados: a desregulamentação da intervenção está atrelada ao ideário neoliberal e pode ser um paradigma perigoso se adotado em países que não alcançaram a concretização de um mínimo de direitos sociais aos cidadãos. Por conta disso, o Poder Judiciário exerce um papel de destaque, e isso é necessário tanto tendo em vista o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, no sentido garantista bem como em atenção a uma concepção substancialista da jurisdição constitucional.

5 - CONCLUSÃO

Como visto, em termos gerais, o Estado Social significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado Liberal burguês às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas. As medidas criadas para permitir tal adaptação, entretanto, não devem ser concebidas como algo totalmente novo, mas como uma mudança

qualitativa de tendências: trata-se de uma política não destinada exatamente a transformar a estrutura social, mas a manter a continuidade do sistema econômico capitalista após serem evidenciadas as suas contradições.

Esse modelo estatal, transmutado em Estado Democrático de Direito com a agregação do “plus normativo” consistente no intuito transformador da realidade social, sofre graves ataques com a difusão do neoliberalismo, que marca uma tendência à desregulamentação e revisão dos limites e das possibilidades do Estado e da Constituição.

Evidencia-se, então, um descompasso entre as promessas contempladas pelo constitucionalismo as condições materiais imprescindíveis à sua concretização, o que desagua em uma crise estrutural desta modalidade estatal. No caso brasileiro, este problema reflete na judicialização da política, diante do papel de destaque que assume a atividade jurisdicional na tutela dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, as contribuições do garantismo de Ferrajoli como paradigma teórico que propõe uma atividade jurisdicional associada à democracia em sua dimensão constitucional ou substancial, e o que confere essa substância ao sistema democrático são exatamente os direitos fundamentais. Assim, deve a atividade jurisdicional assumir o caráter contramajoritário que possuem os direitos fundamentais, tutelando estes direitos, que devem permear a atividade de todas as instituições públicas.

Por fim, ressalte-se que os conceitos tratados neste trabalho se relacionam de forma dinâmica e necessária, num contexto em que a desregulamentação da intervenção está atrelada ao ideário neoliberal e pode ser um paradigma perigoso se adotado em países que não alcançaram a concretização de um mínimo de direitos sociais aos cidadãos. Por conta disso, o Poder Judiciário exerce um papel de destaque, tendo em vista o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, bem como a emergência contingencial da judicialização da política, tanto no sentido garantista quanto em atenção a uma concepção substancialista da jurisdição constitucional.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. As Possibilidades de uma Teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). *Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a*

Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 325-343.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25-40, 2002.

CARBONELL, Miguel. Prólogo: Luigi Ferrajoli. Teórico del derecho y de la democracia. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 13-21.

CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi et al (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p. 231-254.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução Agassiz Almeida Filho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-28.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* (Anuário): Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. 7ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. v. 7. p. 145-162.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 217-242, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NUNES, Antônio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...* Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Antônio José Avelãs. O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de et al. (org.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de. et al. (org.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A problemática da Constituição Dirigente no interior da economia globalizada: uma abordagem do caso brasileiro*. [S.l.], [2013]. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/pdfs/rto.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2013. Trabalho acadêmico.

ROSA, Alexandre Morais da. O que resta do Estado nacional em face da invasão do discurso da law and economics. *Revista de direitos e garantias fundamentais* (FDV), Vitória, v. 7, p. 153-183, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição ou Barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. *Revista Doutrina*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 267-278, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e Declínio do Estado*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

VIANA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



TRANSGRESIÓN A LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS Y SUS CONSECUENCIAS

LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA¹

ANA LILIA IÑIGUEZ CONTRERAS²

1 - INTRODUCCIÓN

A partir de la creación de los Órganos Constitucionales Autónomos (OCA) surge en México una nueva dinámica de división y equilibrio del poder, que viene a modificar el esquema tradicional de división de poderes, para dar paso a la creación de órganos que gozan de una autonomía nunca antes vista, en la que se busca una efectiva distribución del poder entre este tipo de órganos y los poderes tradicionales, pudiendo, además, limitarse entre ellos en el ejercicio del poder.

En ese sentido, este tipo de órganos han sido creados con la finalidad de que rijan su vida interior, evitando cualquier injerencia que pudiera afectar su adecuado funcionamiento (UGALDE, 2010, p. 257). Sin embargo, aun cuando en teoría gocen de dicha autonomía, la realidad es que en la práctica se ven limitados ante determinados escenarios.

Tal es el caso de su autonomía financiera, que si bien les otorga a dichos órganos no solo la posibilidad de administrar libremente sus recursos económicos, sino también la de establecer sus necesidades presupuestales ante el Poder Ejecutivo y el Legislativo, lo cierto es que no tienen la facultad para sostener su anteproyecto de presupuesto ante las decisiones del legislativo que pudieran determinar su reducción, lo que

1 Profesor de tiempo completo en los programas de Licenciatura, Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México). Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Maestro y Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI nivel I), Director del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. Correo electrónico: lacn2004@yahoo.com.mx.

2 Profesora de la Universidad de Guadalajara (Guadalajara, México). Maestra y Licenciada en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Investigadora y Capacitadora del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. Correo electrónico: liliainiguez@hotmail.com.

antepone incuestionablemente no solo una transgresión a su autonomía financiera, sino también, a su autonomía de funciones, y, en consecuencia, a la imparcialidad con la que se deben de regir.

De tal forma que, al transgredirse la autonomía financiera de estos órganos, por no contar con los recursos suficientes para la realización de sus funciones, también se genera una afectación a la debida materialización de las políticas públicas a su cargo, así como a la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar diversos derechos humanos.

Ante una problemática de esta naturaleza, el presente trabajo tendrá como objetivo inicial analizar la naturaleza jurídica de los órganos constitucionalmente autónomos, sus propósitos de creación, así como sus características primordiales.

Una vez abordado lo anterior, el segundo objetivo será analizar de manera detallada las características de la autonomía financiera, así como la importancia que representa en los órganos constitucionales autónomos para su debido funcionamiento. Asimismo, se concretará a explicar la reducción del presupuesto de egresos como una limitación a la autonomía financiera de estos órganos, así como sus principales consecuencias, lo que permitirá plantear la problemática central de la presente investigación.

Como tercer objetivo, se pretende demostrar como la reducción del presupuesto de egresos termina impactando de manera negativa las políticas públicas del Estado, las cuales son indispensables para que éste logre las diversas metas que se ha propuesto.

Por consiguiente, como objetivo final, será explicar el vínculo existente entre el presupuesto y los derechos humanos, así como la trascendencia que tiene para la debida materialización de los mismos el que se le asigne a los diversos órganos autónomos, un presupuesto que sea suficiente para la debida realización de sus funciones, y cómo una insuficiencia de recursos puede generar una afectación a la obligación que tiene el Estado de garantizar debidamente tales derechos.

Por tales objetivos, la presente investigación en cuanto a su propósito es de tipo cualitativa, ya que comprende una serie de pasos tendientes al análisis específico de preceptos predominantemente legales, así como de las opiniones de diversos especialistas en el tema, con el fin de obtener un análisis íntegro que permita justificar la problemática planteada.

Por último, será una investigación que utilice primordialmente el método inductivo, ya que de la problemática en particular, se buscaran sus alcances, tanto de índole jurídico como sociales.

2 - ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Al hablar del concepto de órganos constitucionales autónomos, es menester hablar en primer lugar del concepto de autonomía, cuyo vocablo proviene del término *autos*, por sí mismo, y *nomos*, ley, que en conjunto implica la facultad que tiene una persona para darse sus propias normas, ello con independencia de que se trate de un individuo, una comunidad o un órgano. No obstante, cuando dicho concepto es utilizado dentro del ámbito del derecho, se refiere a la “potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios” (VALENCIA, 2003, p. 2).

Asimismo, para efectos de dilucidar la aplicación de dicho término en lo que respecta a los órganos constitucionales autónomos, es necesario entender previamente que de conformidad a los términos previstos por el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cuya implicación principal es evitar que se reúnan dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación.³

En ese sentido, tal división de poderes tiene como finalidad que exista una colaboración, equilibrio y autonomía de las funciones y de los distintos órganos que la ejercen (FIX ZAMUDIO, 1967, p. 64).

No obstante, como bien lo afirma Valencia (2003, p. 12), el Estado actual es más complejo que el que solo contemplaba dicha división, de tal forma que, actualmente existen instituciones públicas que gozan de una autonomía nunca antes vista en relación a los poderes tradicionales, pero que a su vez, mantienen con ellos relaciones muy importantes, surgiendo así, los órganos constitucionales autónomos.

Así pues, la autonomía dentro de este contexto implica que los órganos públicos tengan una relación de independencia relativa, al mantener una estrecha relación con otros órganos, cuyo vínculo limita la esfera de otros órganos, o bien, estos órganos se ven limitados por otros (PEDROZA, 2002, p. 176).

Y se dice que es relativa, pues aun cuando sean de denominación autónomos, lo cierto es que su independencia en ningún caso es absoluta, ya que la ley siempre contemplará ciertos límites a su poder, evitando que éste se ejerza de forma arbitraria.

3 Artículo 49 de la CPEUM.

Por su parte, Cárdenas (2002, p. 243 y ss.) estima que esta nueva modalidad viene a establecer órganos que tienen la posibilidad de reducir los excesos de poder de algunos de los poderes tradicionales, así como de poderes sociales, políticos y económicos.

De tal forma que, dichos órganos representan una nueva modalidad en la que se busca una verdadera distribución y equilibrio del poder entre los diversos órganos que la ejercen, tal y como lo afirmaba Montesquieu, al establecer que, si el poder se encuentra distribuido entre distintos órganos que recíprocamente se frenan, queda cerrada la posibilidad de que el poder se vuelva ilimitado, evitando que se conduzca al abuso y a la arbitrariedad (PEDROZA, 2002, p. 173).

Por ello, los órganos constitucionales autónomos son, como lo define Mazziotti Di Celso (1996, p. 295), órganos caracterizados por la competencia para ejercer en grado supremo un complejo de funciones públicas; la idoneidad para frenar, controlar y equilibrar a los otros órganos con responsabilidades igualmente supremas; por lo tanto, la Constitución los coloca al menos, en un lugar de relativa igualdad e independencia con respecto a estos órganos.

Pero a su vez, en razón de la autonomía que poseen, son órganos que tienen la libertad de organizarse para actuar libremente en el cumplimiento de sus objetivos, sin que se interfiera en su organización o actividad (BOQUERA, 1996, p. 295). Es decir, la autonomía más amplia de la que gozan es la de sus funciones, siempre y cuando cumplan con el cometido para el cual fueron creados, pero no así, en otros aspectos que se analizarán en líneas siguientes.

En esta misma línea de pensamiento, también son concebidos como aquellos que de manera fundamental e inmediata se precisan en la CPEUM, y que no se encuentran sujetos con exactitud a ninguno de los poderes tradicionales del Estado, constituyendo así, una evolución de la teoría clásica de división de poderes, cuya tendencia estima que pueden existir órganos ajenos a los tres poderes sin que se contravengan los principios democráticos o constitucionales (HERNÁNDEZ, 2018).

En opinión de Cárdenas Gracia *et al.* (2000, p. 23), dichos órganos constituyen una defensa no solo de la CPEUM, sino también de la democracia, y por ello, es necesario que estén concebidos en la misma Constitución, con el objetivo de que sea ella la que regule la integración y estructura de tales órganos, a efecto de que su funcionamiento posterior sea independiente.

Ahora bien, no existe una razón clara y homogénea del por qué surgen este tipo de órganos, empero, la doctrina en gran parte de sus

textos sugiere que éstos han sido creados para atender funciones estatales específicas, con el objetivo de obtener una mayor especialización, agilidad, control y transparencia que permita de forma eficaz la atención de las demandas sociales (UGALDE, 2010, p. 253).

En gran medida, estos también han surgido de la imperiosa necesidad de limitar los excesos en que han incurrido los poderes tradicionales, así como los factores reales de poder, fenómeno que ha generado desconfianza, y por ende, la creación de este tipo de órganos (*Ibidem*, p. 256).

Al respecto, cabe mencionar que en México los órganos que constituyen tal rubro son diversos y con un ejercicio de la autonomía en múltiples matices, entre los que destacan el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Nacional Electoral, entre otros. No obstante, a pesar de que la CPEUM regula de manera muy diversa cada uno de esos órganos, lo cierto es que tanto de la doctrina como del texto constitucional, se advierte que son comunes a estos órganos, las siguientes características:

1. En principio, su existencia, organización y funciones básicas están prevista en el texto constitucional, de ahí que dentro de su denominación esté presente la palabra “constitucional”. Igualmente, en virtud de esta característica, tienen relación de coordinación con los demás poderes tradicionales u órganos autónomos también establecidos en la CPEUM, sin encontrarse subordinados a alguno de ellos (UGALDE, 2010, p. 255).

2. Autonomía político-jurídica, toda vez que gozan de cierta capacidad para crear normas jurídicas sin la participación de otro órgano (PEDROZA, 2002, p. 179).

3. Independencia orgánica, que implica, de acuerdo a lo establecido por el artículo 102, apartado B⁴, autonomía de gestión, y, en general, de ejercicio de funciones, también contemplada en la Constitución, pero en lo que refiere a su artículo 41, fracción V.⁵ Es decir, tales órganos deben gozar de una especialidad técnica sobre funciones específicas, que le permitan realizar funciones que solo a él le corresponda determinar, en virtud del grado de especialización que tiene sobre ellas.

4. Autonomía financiera, consistente en la capacidad para determinar sus propias necesidades presupuestales, así como para administrar y emplear los recursos económicos que se les asignen (UGALDE, 2010, p. 256). De tal forma que, de inicio, tienen la posibilidad de elaborar sus

4 Cuyo señalamiento viene específicamente en el cuarto párrafo de tal apartado.

5 Del cual se desprende en su apartado A, la autonomía en la toma de decisiones y funcionamiento de la que goza un OCA, como es el caso del Instituto Nacional Electoral.

propuestas de presupuestos de egresos, conforme a las necesidades que el órgano considere pertinente, y una vez otorgados los recursos, ésta se extiende a su administración y gasto.

5. Tienen personalidad jurídica y potestad normativa o reglamentaria, esto es, la facultad de crear sus propias normas (PEDROZA, 2002, p. 179).

6. Deben gozar de la estima de neutralidad e imparcialidad por parte de la opinión pública (*Ibidem*, p. 180). Por lo tanto, son órganos que no se deben guiar por intereses de ningún partido o circunstanciales, y para que tengan un debido funcionamiento no solo deben ser independientes de los poderes tradicionales, sino de cualquier partido o grupo real de poder (CÁRDENAS, 1996, p. 244).

7. No se encuentran adscritos ni subordinados a otro poder del Estado, pero en todo caso, sus actos pueden ser revisados por instancias de carácter judicial (CARBONELL, 2006, p. 105). Razón por la cual se dice que no tienen una autonomía absoluta, pues en todo momento la ley y otros órganos también podrán ejercer límites sobre ellos.

3 - TRANSGRESIÓN A SU AUTONOMÍA FINANCIERA Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS

Como ya se ha venido señalando, la autonomía constituye la posibilidad para que los órganos que cuentan con ella, puedan regir su vida interior mediante normas y órganos propios, con el propósito de evitar cualquier injerencia que pudiera afectar el adecuado funcionamiento del órgano (UGALDE, 2010, p. 257).

Así pues, lo anterior no es ajeno a la actividad financiera de los órganos constitucionales autónomos, pues, precisamente, ésta es una de las tantas autonomías de las que gozan. De tal manera que, estos órganos exigen de un presupuesto que no esté prescrito por la ley secundaria, es decir, del resultado de acuerdos políticos del momento, sino de una disposición constitucional que determine, con toda exactitud, las bases sobre las cuales deba otorgársele (HERNÁNDEZ, 2018).

Lo anterior es así, ya que el presupuesto público es uno de los instrumentos esenciales del manejo de un Estado, en virtud de que su finalidad principal está fundamentada en determinar con anticipación los acontecimientos financieros que comprenden los gastos a realizar en

un periodo dado, tendientes a satisfacer las necesidades colectivas⁶, y los recursos que se pretenden recaudar para atender tales gastos⁷(PLAZA, 2012, p. 4). Es decir, a través del denominado presupuesto de egresos, es que las autoridades facultadas para su aprobación, tomarán una determinación del monto económico que se le asignará a cada uno de los órganos públicos, el que será útil para la realización de las actividades a su cargo durante un periodo anual.

En ese sentido, para el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (RE n° P./J. 12/2009, 2009) dependiendo de la participación que tenga el órgano en la determinación de su presupuesto, es lo que determinará los alcances de su autonomía financiera, toda vez que ésta puede ser total o parcial; es total, cuando no cabe injerencia alguna de otros poderes públicos en la elaboración, aprobación y aplicación de su propio presupuesto. Es parcial, cuando el órgano aprueba su presupuesto, pero no tiene las facultades para mantenerlo ante las decisiones del Ejecutivo y Legislativo (HERNÁNDEZ, 2018). Pero, si bien se habla de la autonomía financiera como una particularidad de los OCA, lo cierto es que ésta generalmente es de carácter parcial, pues como se verá, muchos tienen la posibilidad de elaborar su anteproyecto de presupuesto de egresos, pero no el poder para que éste se sostenga ante las decisiones del legislativo.

Ahora bien, es importante no perder de vista que una de las tantas finalidades que se buscan al dotar de autonomía a un órgano, entre ellas, la financiera, es generar certeza a favor de los gobernados, que permita que tales órganos puedan emitir sus decisiones con plena imparcialidad y estricto apego a la legalidad, sin que sus decisiones se vean afectadas por instrucciones o sugerencias de personas u órganos con las que comparte una afinidad política, o de cualquier otro tipo. De igual forma, lo es, que tales órganos puedan cumplir plenamente con la parte que les corresponde en lo que respecta a las políticas públicas del Estado, así como en lo concerniente a la materialización de los derechos humanos, y que tal materialización vaya siempre hacia un incremento de éstos, que es uno de sus principios rectores plasmados en el texto constitucional⁸.

No obstante, la cuestión sería, ¿es posible decir que un órgano goza de autonomía financiera cuando existe la posibilidad jurídica de que

6 Presupuesto de egresos.

7 Presupuesto de ingresos.

8 Establecidos en el artículo 1° de la CPEUM, mismo que en su párrafo tercero establece a la progresividad como un principio que deberán aplicar las autoridades al momento de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

su propuesta de presupuesto de egresos se vea reducido ante la decisión de otro órgano?, ¿no afectará, además, tal reducción las políticas públicas del Estado que devienen de sus funciones?, y, por último, ¿la reducción en comento constituye también una violación a diversos derechos humanos, así como a sus principios rectores?

Tales cuestionamientos nos llevan a considerar que, ante la reducción del presupuesto de egresos de un OCA, tal escenario es el origen de una serie de consecuencias de índole negativo, no sólo por lo que ve al órgano al que se le reduce, sino de la colectividad en general, mismas que constituyen el debate central de la presente investigación, y, a las que se refieren a continuación:

1. No solo se transgrede a su autonomía financiera, sino a su autonomía en general, así como al principio de imparcialidad que lo rige.

2. Menoscaba el eficaz desarrollo de la actividad encomendada al órgano constitucional autónomo, que al no poder ser elaborada debidamente, en virtud de la carencia de un presupuesto económico que sea suficiente para la realización de la misma, a su vez constituye una afectación a las políticas públicas del Estado.

3. Por último, al no otorgarle al OCA un presupuesto que le sea suficiente para realizar de forma eficaz y completa las funciones encomendadas, existirá una transgresión a diversos derechos humanos, que no podrán ser garantizados por el Estado de forma efectiva.

Así pues, en lo que ve a la primera de ellas comenzaremos mencionado que, el diecisiete de enero de dos mil dieciocho, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (SSTEPJF), resolvió un asunto de suma importancia, que constituye un ejemplo claro de cómo se ve vulnerada la autonomía financiera de un órgano autónomo, se trata precisamente, del asunto tramitado con el número de expediente SUP-JE-1/2018.

Como podrá verse, este asunto de emisión reciente, y, a su vez, de gran relevancia para el caso concreto, toda vez que, representa un caso particular en el que se transgrede la autonomía financiera de un OCA, esto es, del Tribunal Electoral del Estado de Morelos⁹, ya que no consideraron el anteproyecto de presupuesto que formuló, y, por ende, las necesidades y requerimientos que señaló para el debido ejercicio de su

9 Mismo que, de conformidad con el artículo 116, fracción IV, inciso C) de la CPEUM, forma parte de las autoridades que tienen a su cargo la función jurisdiccional de resolver las controversias en materia electoral, las cuales, de acuerdo con dicho precepto, deben gozar de autonomía en su funcionamiento, e independencia en sus decisiones; siendo así, parte de los OCA.

función durante el año dos mil dieciocho.

En consecuencia, del texto de la sentencia que resuelve el juicio en comento se desprende que, los tribunales electorales locales como órganos autónomos, deben concebirse a la par de los poderes tradicionales estatales, siendo uno de sus elementos clave para su óptimo desempeño, la autonomía y la independencia funcional (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 8).

Por otra parte, en el caso del referido tribunal, así como el de la mayoría de los órganos autónomos, no existe un dispositivo legal que garantice de forma plena su autonomía financiera, pese a ello, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sostenido que derivado de la autonomía de gestión de la que gozan ciertos órganos, le corresponde a los magistrados que la componen, administrar los recursos de los tribunales electorales, sin la injerencia de ningún otro órgano, y, específicamente, elaborar el anteproyecto de presupuesto del órgano jurisdiccional, atendiendo a sus propias necesidades y requerimientos (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 11).

De igual manera, tal sala ya venía sosteniendo que, para la efectiva independencia de una función, como lo es en el caso particular la electoral, es necesaria la autonomía de la gestión presupuestal de los organismos públicos electorales, como un principio elemental, por lo que, la obtención de sus recursos no debe estar sometida a las limitaciones de otros poderes, sino únicamente a los mecanismos que el propio marco normativo establece (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-108/2016, pp. 25-26).

Es decir, no puede hablarse de autonomía de gestión si el órgano no tiene la posibilidad de determinar su presupuesto de egresos, y menos aun, cuando su presupuesto puede estar sujeto a decisiones de otros entes públicos.

De ahí que, la autonomía financiera de estos órganos se constriña a la posibilidad que tienen de elaborar su anteproyecto de presupuesto de egresos, el cual será remitido al poder Ejecutivo, para efectos de que se concrete a incluirlo en el Proyecto de Presupuesto de Egresos, y, a su vez, a conjuntarlo con el presupuesto del resto de los órganos públicos, sin poder hacerle modificación alguna, sino simplemente incluirlo (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 12).

De tal forma que, hasta este punto dicha autonomía parece ser plena, no obstante, en el caso particular de muchos órganos autónomos, tal y como acontece con el Tribunal Electoral de Morelos, se advierte que su autonomía financiera sí tiene ciertas limitaciones, esto en razón de que el Congreso¹⁰, de conformidad a la CPEUM, así como a la Constitución Estatal del caso que

10 Su fundamento principal es el artículo 116, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

se ejemplifica, tiene la facultad para analizar y, en su caso, ajustar el proyecto de presupuesto en los términos que estime pertinente de acuerdo a los elementos objetivos, así como a las condiciones de las finanzas públicas, en el que deberá atender los principios dispuestos en el texto constitucional, como lo es el garantizar la autonomía de los órganos así reconocidos por el marco constitucional, lo que presupone el actuar independiente de los organismos respectivos (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 12).

Ahora bien, pese a lo aducido, la realidad es que los OCA no gozan de una autonomía financiera plena, pues su presupuesto de egresos está sujeto a fuerzas externas de otros entes públicos, como lo es la proveniente del poder legislativo, lo que podría generar que su actuación no sea con estricto apego a la ley y que exista injerencia en su toma de decisiones, lesionando, en consecuencia, la imparcialidad con la que se deben de regir.

Acorde con lo anterior, está la opinión del magistrado Reyes Rodríguez (2017), quien estima que un tribunal es independiente en la medida en que resuelve controversias libres de cualquier control o presión que provenga de otros poderes; cuya apreciación podemos hacerla extensiva a la totalidad de los OCA, en el sentido de que no podemos hablar de una verdadera autonomía, si éstos de alguna forma se ven controlados o presionados por otros órganos, y más cuando de la determinación de su presupuesto de egresos se trata.

De igual forma, la Sala Superior del Tribunal Electoral ha determinado que, “la suficiencia presupuestal es uno de los elementos a través de los cuales los órganos impartidores de justicia puedan desempeñar su función, ajenos a intereses y poderes externos, sujetándose únicamente a lo dispuesto por el marco constitucional y legal correspondiente” (SSTEPJF, RE n° SUP-JE-1/2018, p. 10).

Por tales razonamientos, es que resulta urgente una reforma constitucional que garantice verdaderamente la autonomía financiera de dichos órganos, a través del establecimiento de lineamientos claros y objetivos, que prevengan reducciones injustificadas o motivadas por intereses ajenos a la propia dinámica y funcionamiento de estos órganos (RODRÍGUEZ, 2017). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recomendado que es necesario que las Constituciones y leyes de los Estados incluyan garantías que permitan a los órganos públicos contar con recursos suficientes y estables, para cumplir en forma independiente, adecuada y eficiente sus funciones (CIDH, 2013, párr. 249).

Lo anterior es así, porque solo a partir de la provisión de los elementos materiales y humanos adecuados en los puestos de trabajo de los

órganos públicos, así como de las diligencias que les corresponda realizar permite fortalecer su actuación independiente (*Ibidem*, párr. 136).

Desde ese contexto, habría que cuestionarse, cómo podría pedírsele a un órgano autónomo que ejerza su función libre de cualquier tipo de control o presión, si el órgano que fija su presupuesto, termina impactado indirectamente en sus funciones.

4 - AFECTACIÓN A SU ACTIVIDAD Y POR ENDE A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A SU CARGO

Para contextualizar cómo puede impactar de forma negativa a las políticas públicas del Estado el mal funcionamiento de un órgano constitucional autónomo, conviene explicar en primer lugar que, las políticas públicas pueden ser definidas como el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para dar solución a los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran de interés preferente (Tamayo, 1997).

Desde esa postura, William Jenkins (1978, p. 15) considera que la política consiste en “un conjunto de decisiones interrelacionadas tomadas por un actor o grupo de actores políticos preocupados por elegir metas y medios para alcanzarlas en una situación determinada y en donde, en principio, los actores tienen el poder de alcanzar dichas metas”.

Así pues, si las políticas públicas son las acciones con las que se busca dar solución a los problemas sociales, resulta evidente que cuando dichas acciones no son realizadas de forma adecuada por el órgano encargado de ejercerlas, existirá una afectación a las mismas, ya que éstas no lograrán de forma positiva los objetivos planteados en ellas.

Por ende, si bien es cierto que las causas por las que una política pública se puede ver afectada son diversas, lo cierto también es que una de las más comunes es la falta de presupuesto para la ejecución de las acciones que se han considerado necesarias para resolver determinada problemática social.

En consecuencia, reducir el presupuesto de egresos de un órgano que goza de autonomía financiera, no solo implica la transgresión a la misma, sino también, a su debida funcionalidad, y por tanto, a las políticas públicas a su cargo, en razón de que tal reducción representa una desatención a las necesidades y requerimientos para el debido ejercicio de sus funciones.

Desde ese orden de ideas, la CIDH ha precisado que “la remu-

neración, recursos humanos y técnicos adecuados, así como la capacitación permanente y seguridad son condiciones esenciales para el funcionamiento independiente de las y los operadores de justicia y, en consecuencia, para el acceso a la justicia de los casos que tienen bajo su conocimiento” (CIDH, 2013, párr. 128). Es decir que, para tal comisión, un presupuesto suficiente no solo garantiza la independencia del órgano, sino además, el acceso a la justicia, que extendiéndolo al ámbito de cualquier órgano autónomo, implicaría que las personas puedan tener verdaderamente acceso a los servicios que prestan, y que el presupuesto no sea una limitación al goce de los mismos.

Asimismo, la CIDH ha considerado que la asignación de recursos técnicos y humanos que resulten suficientes entraña a su vez, el reconocimiento por parte del Estado a la importante función que desempeñan, la cual es imprescindible en diversos escenarios (*Ibidem*, párr. 136).

En ese sentido, la CIDH también ha señalado que garantizar la dotación de recursos financieros técnicos y humanos adecuados y suficientes, es una forma de asegurar que los integrantes de distintos órganos públicos puedan realizar de manera efectiva sus roles, de tal manera que no se incurra en demoras o dilaciones como consecuencia de la falta de recursos necesarios (*Ibidem*, párr. 249).

De ahí que resulte importante que, el presupuesto de egresos de un OCA no deba ser reducido sin tomar en consideración sus necesidades presupuestarias, pues ante un escenario de esta naturaleza, los órganos en comento tendrán que reducir sus recursos materiales y personales, poniendo en riesgo su actividad, y por ende, el de las políticas públicas del Estado que pretenden alcanzar determinados fines.

5 - CONTRAVENCIÓN A DERECHOS HUMANOS

Actualmente uno de los grandes objetivos que se buscan con el planteamiento de diversas políticas públicas es el fortalecimiento de los compromisos que México ha adquirido en materia de derechos humanos tanto en su legislación interna como en la de carácter internacional. De esta forma, los Derechos Humanos son los objetivos que deben considerar los distintos órganos de gobierno, para dar solución a las distintas problemáticas que enfrenta la sociedad, al mismo tiempo que garantizan el mínimo necesario que se requiere para poder vivir en condiciones decorosas.

Relacionar la política en torno al logro del acceso pleno a los de-

rechos humanos, convierte a los derechos humanos como un componente indisoluble y central de las políticas públicas. Asimismo, asumir el enfoque de derechos, dados los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que establece el texto constitucional, tiene necesariamente implicaciones fiscales y presupuestales (CNDH, 2017, p. 6).

El debate sobre el vínculo entre el presupuesto y el enfoque de derechos humanos es de gran relevancia, pues cumplir con el mandato constitucional exige que los órganos de gobierno ya no sólo se basen en mantener un equilibrio entre el ingreso y gasto público como objetivo único de la política hacendaria, para dar paso al planteamiento de una nueva dinámica en la que se vea al presupuesto como el instrumento que permitirá materializar el enfoque de derechos humanos (*Ibidem*, p. 9).

De ahí que, la asignación de un presupuesto que resulte suficiente para el debido funcionamiento de un órgano público resulte trascendental no solo para el cumplimiento de las políticas públicas a su cargo, sino también, para la debida garantía de una diversidad de derechos humanos, cuya materialización no es de carácter optativo, sino obligatorios por mandato constitucional y de compromisos adquiridos a nivel internacional.

Ahora bien, dentro de los órganos que recientemente se han visto afectados por una reducción en su presupuesto, se encuentran particularmente los organismos protectores de derechos humanos¹¹, quienes cumplen una de las labores más importantes en lo que respecta a la promoción y protección de derechos humanos, y que por tales razonamientos, el Comité de los Derechos del Niño, en su comentario general N° 2 (2002) sobre el rol de las instituciones nacionales independientes de Derechos Humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, en el párrafo 11, estima que los Estados tienen el deber de destinar una cantidad razonable de fondos para el funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos (NACIONES UNIDAS, 2017, p. 26).

Así también, las Naciones Unidas han considerado que un presupuesto “adecuado” significa que éste sea suficiente para cumplir con los derechos en cuestión. Por lo tanto, el presupuesto de programas necesarios para cumplir los derechos debería tener una dimensión tal, que su-

11 Uno de los ejercicios fiscales en el que se generaron mayormente reducciones en el presupuesto de egresos de distintos órganos, lo constituye específicamente el 2019, donde tales reducciones no solo afectaron a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y otros órganos constitucionales autónomos, sino también a órganos pertenecientes a los poderes tradicionales, cuya información puede ser consultada en la siguiente página: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/44121-presupuesto-para-seguridad-publica-en-2019-es-de-144-809-7-mdp-senala-investigacion-del-ibd.html>

poniendo que los programas tengan un diseño apropiado, los ministerios, departamentos y agencias cuenten con los recursos necesarios para su implementación. De tal forma que, el presupuesto en su totalidad debe ser adecuado para permitir el cumplimiento de los derechos (*Ibidem*, p. 26).

Desde esa misma óptica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en su artículo 2.2 precisa que, cada Estado parte se compromete a adoptar las medidas oportunas para dictar disposiciones legislativas y de cualquier otro tipo que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el mismo (E.U.A., 1976).

Del mismo modo, de la aplicación del Pacto Internacional de los DESC, en su observación general 3 (1990), se ha determinado que en lo que respecta al cumplimiento de los derechos humanos, cada Estado Parte le corresponde una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Por otro lado, también refiere que si bien es cierto que los Estados Parte deben tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos que disponga”, para que puedan atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe mostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo de dar cumplimiento a ellos, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

Por otra parte, la CNDH ha reiterado que el cumplimiento de un ejercicio de gobierno con enfoque de Derechos Humanos debe caracterizarse por cumplir con el principio de Progresividad. Es decir, los Estados deben contar con políticas, programas y acciones que permitan cumplir con ello, de tal manera que los alcances del derecho se vayan ampliando en calidad y/o cobertura. Sin embargo, como bien lo menciona el aludido órgano, tal principio que es de carácter obligatorio, muchas veces está condicionado por la evolución de ingresos fiscales y las problemáticas económicas que llevan a reducir las partidas presupuestales, sin importar de forma alguna el enfoque de derechos humanos, afectando así, el acceso a los mismos (CNDH, 2017, p. 6).

Respecto al principio de progresividad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E.U.A., 1976) ha determinado que:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, [...], hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Vinculado con lo anterior, y dentro del ámbito de los DESC, su comité consideró que la obligación de los gobiernos de evitar medidas regresivas involucra que no puede darse una reducción injustificada en los gastos públicos tendientes a implementar los DESC, en carencia de medidas compensatorias adecuadas destinadas a proteger a las personas afectadas adversamente por esta reducción (NACIONES UNIDAS, 2017, p. 111).

Por tales razonamientos, una indebida reducción del presupuesto de egresos de un OCA, sin considerar los efectos que tendrá en su actividad, no solo implica una afectación a su autonomía financiera, sino también, a la debida materialización de los derechos humanos, así como a su principio de progresividad. Por lo tanto, los derechos humanos son las metas que deben considerar las autoridades en la elaboración y aprobación del presupuesto de un OCA, pues solo así, se podrá garantizar los niveles esenciales de cada derecho.

6 - CONCLUSIONES

1. La reducción del presupuesto de un OCA sin tomar en consideración sus necesidades plasmadas en su anteproyecto de presupuesto, constituye sin duda, un acto que no solo afecta la autonomía y las funciones del órgano en concreto, sino también, el de las políticas públicas del estado, y, a su vez, el de las metas que se pretenden alcanzar con las mismas.

2. No hay excusa que justifique la reducción del presupuesto de egresos de un órgano constitucional autónomo, incluyendo las de tipo económico, cuando está demostrado que dicha reducción no solo afectará a la actividad del órgano en concreto, sino en general, al de la debida materialización de diversos derechos humanos, cuya materialización no es optativa, sino de carácter obligatoria por mandato constitucional, así como de los compromisos que México ha adquirido en la ratificación de diversos tratados internacionales.

3. El que los poderes tradicionales tengan la facultad de poner límites a la autonomía financiera de un OCA, a través de la posibilidad que tienen para reducir su presupuesto de egresos, genera, sin duda, un obstáculo para que estos últimos cumplan con la finalidad para la cual fueron creados, es decir, para poder frenar, controlar y equilibrar a dichos órganos con responsabilidades igualmente supremas, ya que tendrán con ellos un interés de carácter financiero, lo que pondrá en riesgo su operación y la imparcialidad con la que se deben regir.

4. Desde esa perspectiva, es de carácter imprescindible una modificación a la Constitución y a la ley que garantice mayormente la autonomía financiera de los OCA, que propicie verdaderamente su desvinculación del resto de los poderes, esto con la finalidad de que su imparcialidad no se vea afectada por ningún tipo de interés, incluyendo el presupuestal.

5. La situación actual del Estado mexicano, evidencia que las discusiones presupuestales, así como el contenido de las leyes que rigen el ciclo presupuestal, se basan en intereses políticos del momento, otras veces en aspectos de austeridad, eficiencia, honradez, entre otros; pero al final, pocas veces se valora a la dignidad humana como meta central a alcanzar en sus decisiones presupuestales, lo que sugiere un cambio inmediato en el enfoque de estas metas.

6. El objetivo de que las leyes en materia de presupuesto le den una mayor autonomía a los órganos constitucionales autónomos, y que incluyan en ellas la perspectiva de derechos humanos, obedece a que los entes públicos se enfoquen a garantizar de forma efectiva el cumplimiento de los derechos humanos, atendiendo adecuadamente las problemáticas que enfrenta la sociedad, de tal manera que, el presupuesto no sea un obstáculo para dicho propósito.

7. Autonomía de funciones y financiera, son un binomio necesario para la verdadera existencia de ambas, en ese sentido, si la autonomía del OCA se empieza a limitar por fuerzas externas a él, de forma inmediata también se dará una afectación a la autonomía de sus funciones, de ahí que resulte indispensable una modificación de carácter constitucional, que no solo les otorgue una autonomía para operar, sino también, el establecimiento de una serie de garantías que les permita contar con recursos suficientes y estables, para cumplir de manera independiente y adecuada la actividad a su cargo.

8. La designación de un presupuesto que sea acorde a las necesidades del OCA no solo garantiza que el órgano pueda hacer efectiva la materialización de una serie de derechos humanos, sino que también asegura la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de estos.

9. Por último, al ser el presupuesto un instrumento indispensable para la materialización de los derechos humanos, indudablemente toda designación de presupuesto de egresos debe ser determinada con base al principio de progresividad, esto es, debe existir una ampliación a estos derechos no solo en calidad, sino también en cobertura, lo que propone que todo cambio que se efectúe en el presupuesto sea para ampliar los montos designados en ejercicios fiscales anteriores, además de que los

contextos internacionales recomiendan evitar medidas regresivas que involucren una reducción injustificada de los gastos públicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOQUERA, J. **Derecho administrativo** (13ª ed.). Buenos Aires: Ediciones de Contabilidad Moderna. 1996. v. I.

CABALLERO, J. **Los órganos Constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes.** México: IUS Revista Jurídica. s.f. Disponible en: <http://www.unla.mx/iusunla2/reflexion/LOS%20ORGANOS%20CONSTITUCIONALES%20AUTONOMOS.htm>

CARBONELL, M. **Elementos de derecho constitucional.** México: Fontamara. 2006

CÁRDENAS, J.; GARCÍA, A. y NIETO, S. **Estudios jurídicos en torno al Instituto Federal Electoral.** México: UNAM. 2000. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/25/tc.pdf>

CÁRDENAS, J. **Una Constitución para la democracia.** México: UNAM. 1996

CARMONA, S. **Derecho, autonomía y educación superior: Derechos de la educación y de la autonomía.** México: UNAM. 2003. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1091/1.pdf>

CIDH. **Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas.** Finlandia: Organización de Estados Americanos. 2013. Doc. 44. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>

CNDH. **Presupuesto Público y Derechos Humanos: Por una Agenda para el Rediseño del Gasto público en México.** México: UNAM. 2017. Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Presupuesto-Publico-DH-Redisenio-Gast.pdf>

E.U.A. **Observación general 3 de la Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** 1990. Disponible en: <http://hrli->

brary.umn.edu/gencomm/Sepcomm3.htm

E.U.A. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Nueva York, E.U.A., 3 de enero de 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

FIX, H. Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917. **Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.** México, n° 58-59, p. 64, enero-agosto, 1967.

HERNÁNDEZ, P. Autonomía de los órganos electorales. **Revista mexicana de justicia.** México, n° 31-32, enero- diciembre, 2018. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8541/10543>

JENKINS, W. Policy analysis, a political and organization perspective. Inglaterra: Mortin Robertson and Company. 1978.

MAZZIOTTI, M. **Lezioni di Diritto Costituzionale:** Parte I: Nozioni Generali sus Diritto e sullo Stato. Milán: Giuffré. 1985. v.I.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Diario Oficial de la Federación, México, 27 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Pleno). Acción de inconstitucionalidad 29/2008. Promoventes: Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso de la Unión. Ministro ponente: José Fernando Franco González Salas. México, 12 de mayo de 2008. Disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcfd&Apendice=1fff-dfffcff&Expresion=autonom%25C3%25ADa%2520financiera&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=35&Epp=20&Desde=100-&Hasta=100-&Index0=&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=167568&Hit=17&IDs=2018584,2018316,2014872,2014383,2013979,2011983,2011679,2008659,2007937,2003211,2001660,160546,163536,164218,165083,167572,167568,167539,167439,168750&tipoTesis=&Semanaario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

MÉXICO. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (Sala Superior).

Juicio electoral SUP-JE-108/2016. Promovente: Organismo Público Local Electoral del Estado de Veracruz. Magistrada ponente: Mónica Aralí Soto Fregoso. México, 21 de diciembre de 2016. Disponible en: https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JE-0108-2016.pdf

MÉXICO. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (Sala Superior). Juicio electoral SUP-JE-1/2018. Promovente: Tribunal Electoral del Estado de Morelos. Magistrado ponente: José Luis Vargas Váldez. México, 17 de enero de 2018. Disponible en: <https://docs.mexico.justia.com/federales/sentencias/tribunal-electoral/2018-01-17/sup-je-0001-2018.pdf>

Naciones Unidas. **Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales.** Nueva York: International Budget Partnership. 2017. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RealizingHRThroughGovernmentBudgets_SP.pdf

PEDROZA, S. Los órganos constitucionales autónomos en México. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2002. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/306/7.pdf>

PLAZA, A. **Presupuesto público.** Argentina: Universidad Nacional de la Pampa. 2012. Disponible en: http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_plapre708.pdf

RODRÍGUEZ, R. **Un tribunal es independiente en la medida en que resuelve controversias libre de cualquier control o presión.** México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2017. Disponible en: <https://www.te.gob.mx/front/bulletins/detail/2940/0>

TAMAYO, M; BAÑÓN, R. y CASTILLO, E. (Comps.). **El análisis de las políticas públicas:** La nueva administración pública. Madrid: Alianza editorial. 1997

UGALDE, F. Órganos constitucionales autónomos. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal,** México, n° 29, pp. 253-264, 2010. Disponible en: <https://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/servicio-profesional-electoral/concurso-publico/2016-2017/primera-convocatoria/docs/Otros/37-org-constitucionales-autonomos.pdf>



A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NO COMBATE AO *BULLYING* ESCOLAR E *CYBERBULLYING*

CASSIANE DE MELO FERNANDES ¹

RENATA APARECIDA FOLLONE ²

INTRODUÇÃO

Esse trabalho analisou e abordou a educação como instrumento de “co-laboração”³ e o reconhecimento de cada ser humano dentro da sociedade em que vive como sujeito de direitos e deveres com o propósito de se ampliar a consciência do enfrentamento ao Programa de Combate à Intimidação Sistemática-*Bullying*, instituído pela Lei nº 13.185/15.

As pesquisas referidas neste trabalho tiveram e têm por objetivo analisar e abordar a educação como instrumento de integração com o direito e vice-versa na busca da efetividade do Programa de Combate à Intimidação Sistemática, instituído pela Lei nº. 13.185/2015 – a denominada Lei do *Bullying* - com a intenção de se apresentar à Justiça Restaurativa como uma das medidas possíveis ao enfrentamento do *bullying* escolar e, extensivamente, do *cyberbullying*, em todos os níveis dentro do âmbito escolar, como também, proporcionar o reconhecimento de cada ser humano dentro da sociedade em que vive como sujeito de direitos e deveres importando na mobilização das pessoas de direito público e de direito privado e da sociedade na organização de uma nova cultura que se baseie nos direitos humanos, cidadania e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Lei nº. 13.185/2015 possui caráter social, que garante a digni-

1 Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP; Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional; Professora da Faculdade de Barretos-FB Concediadora e Mediadora do TJ-SP; Advogada; e-mail: cassiane.cueb@terra.com.br

2 Mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto/UNAERP; Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela - Universidade Gama Filho/UGF; Docente do Centro Universitário – UNIFAFIBE-Bebedouro-sp, Presidente da Comissão “OAB vai à escola” da 241ª OAB-sp; Advogada; e-mail:rfollone@uol.com.br

3 Portanto, o sentido de colaborar, que vem do latim “colaborare” é o mesmo que ajudar, trabalhar junto, ou seja, “laborare”, que é trabalhar, fatigar-se.

dade do ser humano e o seu pleno desenvolvimento, na medida em que protege sua integridade física e psíquica. Ainda, a respectiva lei busca não apenas atribuir responsabilidades, mas principalmente, afirmar a necessidade de conscientização e respeito com o outro.

Vale ressaltarmos que a Lei traz, também, conceitos e ideais de como se restringir a prática do *bullying* e do *cyberbullying*, mas não estabelece nenhuma medida eficaz para impedir a sua propagação.

Com relação ao Programa instituído pela referida Lei, ele tem como objetivo conscientizar, prevenir e combater a intimidação sistemática por meio da colaboração de toda a sociedade, com campanhas de conscientização (com ênfase nas práticas cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar), capacitação de docentes, orientação das famílias para identificar o problema, assistência psicológica, social e jurídica, bem como difundir uma cultura de paz, respeito e tolerância.

No entanto, observamos que a Lei até descreve o que seria o “programa de combate”, porém, não traça diretrizes específicas para ele e o deixa na responsabilidade das instituições de ensino, quando, na verdade, deveria tratá-lo como uma política social.

Portanto, se não houver uma ação conjunta da sociedade, como um todo, a Lei dificilmente trará algum benefício a médio ou longo prazo. Isso porque em um mundo globalizado como o nosso, em que as informações se propagam com maior velocidade do que as pessoas conseguem captar, torna-se necessária a adoção de medidas compatíveis com ele.

Ainda, não podemos nos esquecer de que o *bullying* não acontece apenas nas escolas e, assim, não é um tema que deva se restringir ao âmbito escolar. Se é considerado um problema social, então, que seja tratado como tal e de responsabilidade de todos. Somente dessa forma é que se pode esperar que as mudanças propostas tornem-se reais e possíveis.

E é, a partir daí e assumindo cada indivíduo o seu dever de cidadão que pode-deve colaborar no combate ao *bullying* escolar e ao *cyberbullying* na medida de sua capacidade e de seu conhecimento.

O intuito principal deste trabalho foi desenvolver uma relação de colaboração da Justiça Restaurativa, a qual se fundamenta na corresponsabilidade social, no enfrentamento ao Programa de Combate ao *Bullying*, deixando ela de solucionar apenas atos infracionais praticados por menores na esfera criminal e, passando também, a solucionar questões referentes à intimidação sistemática. Com isso, trazer uma horizontalidade em um encadeamento de ideias assimétricas, ou seja, EDUCAÇÃO – DIREITO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CI-

DADANIA. Possibilitando a convergência dessas ideias em um contexto simétrico para o combate à intimidação sistemática.

Portanto, a interdisciplinaridade entre Direito e Educação é a base desse trabalho ao estabelecer um liame do tema *bullying* escolar com o conceito da Justiça Restaurativa, pesquisada como um instrumento que pode auxiliar na prevenção dos conflitos que envolvam o *bullying* no interior das escolas. Com isso, o presente trabalho tem por objetivo entrelaçar a Justiça Restaurativa aos conflitos de *bullying*, que atualmente ganham novas aparências, haja vista que as agressões quando não são tratadas com as necessárias atenções no ambiente escolar acabam por trazer nas relações interpessoais dos estudantes consequências, por vezes, irremediáveis, como por exemplo violências e até ataques armados.

Por mais que os debates sobre o tema sejam abordados e discutidos, novas investigações são imprescindíveis para buscar alternativas de resolução e prevenção destes conflitos, no sentido de preparar os profissionais da comunidade escolar para que possam lidar com esta realidade presente no âmbito escolar.

Assim, partimos desses conceitos jurídicos, para a construção de uma “co-laboração” dos estabelecimentos de ensino com a aplicação da Justiça Restaurativa na solução de conflitos gerados pela prática da intimidação sistemática e, assim, reproduzir um encontro de resultados positivos.

Por fim, diante da atualidade e relevância do tema, traremos a reflexão sobre a possibilidade de aplicação das práticas da Justiça Restaurativa em situações de *bullying* escolar e *cyberbullying* praticadas por jovens, imprescindível à efetividade da liberdade e da igualdade como garantias fundamentais. A liberdade como direito fundamental de viver livremente e de fazer escolhas. E, a igualdade reconhecida como o direito de ter acesso a oportunidades equânimes em relação aos demais membros da sociedade.

Como conclusão, apresentamos as considerações e viabilidade oriundas das pesquisas realizadas, com a singela e modesta intenção de contribuir e, jamais de se esgotar a discussão, para que a aplicação da Justiça Restaurativa possibilite uma medida de enfrentamento ao combate da intimidação sistemática e, ainda, traga a efetivação das transformações das dimensões humanas e sociais e a garantia da dignidade da pessoa humana.

1 - BULLYING E CYBERBULLYING: UM PROBLEMA SOCIAL E DE POLÍTICA PÚBLICA

A necessidade do ser humano em se socializar é uma das suas principais características. Tanto é verdade que podemos afirmar que o ser humano é totalmente sociável, ou seja, precisa do outro para viver e sobreviver.

Porém, da mesma forma em que o ser humano necessita se integrar à sociedade em que vive, também observamos casos em que precisa e sente prazer em violentar (física ou moralmente) outras pessoas.

Esses atos violentos, ofensivos e humilhantes, dependendo da forma e da frequência com que são realizados, são denominados como *bullying* e *cyberbullying*, os quais são um problema social e universal, que vem acarretando inúmeros danos às suas vítimas, como por exemplo, depressão, automutilação, suicídio ou homicídio etc.

Hoje, *bullying* e *cyberbullying* são reconhecidos como um problema social de grandes consequências, não apenas à vítima como, também, ao próprio agressor e à sociedade em geral. Isso porque *bullying* e *cyberbullying* estão em todas as frações de classes em um mundo sem fronteiras, mas, não é uma terra sem lei. Por isso, necessário se faz que toda a sociedade tenha acesso e conhecimento das repercussões e aspectos legais dessas agressões.

1.1 - O QUE É O BULLYING?

O *bullying* é um fenômeno tão antigo quanto às chamadas “brincadeiras de mau gosto” realizadas nas escolas, em que alunos ou grupos de alunos, levados pela disputa pelo poder ou popularidade no âmbito escolar, perseguem outros alunos que possuam algum traço diferente, como etnia, religião ou deficiência.

Os agressores (ou *bullies*) buscam exercer poder sobre o mais fraco e se sobressair dentro do seu grupo social. Esses agressores são caracterizados como “fisicamente mais fortes que seus pares, dominantes, impulsivos, não seguem regras, baixa tolerância à frustração, desafiantes à autoridade, boa autoestima” etc. As vítimas, por seu turno, seriam “inseguras, sensíveis, pouco assertivas, fisicamente mais débeis, com poucas habilidades sociais e com poucos amigos. Em geral, bons alunos” (TRAUTMANN, 2008, p. 13-20).

Ainda, há as testemunhas, aquelas que assistem ao drama silenciosamente, com medo de serem as próximas vítimas.

Segundo Calhau (2011, p. 6)

Não existe uma tradução exata para a palavra. *Bullying* é um assédio moral, são atos de desprezar, denegrir, violentar, agredir, destruir a estrutura psíquica de outra pessoa sem motivação alguma e de forma repetida.

Para alguns, o *bullying* é um “cerco”, tal qual o realizado em uma guerra, em que o inimigo vai sendo atacado continuamente até se render ou morrer.

Já o *bullying* escolar, as agressões podem ocorrer dentro de salas de aula, corredores, pátios de escolas ou até nos arredores, as quais na maioria das vezes são realizadas de forma repetitiva e com desequilíbrio de poder. Respectivas agressões morais ou até físicas podem causar danos psicológicos à criança e ao adolescente facilitando, posteriormente, a entrada destes ao mundo do crime.

O Professor Gabriel Chalita (2008, p. 14), entende que

o bullying é a negação da amizade, do cuidado, do respeito. O agente agressor impiedosamente expõe o agredido às piores humilhações. Dos apelidos perversos às atitudes covardes de quem tem mais força física ou mais poder. O agredido dificilmente encontra a coragem para se defender e permite que se fechem cortinas. E quantos há que, com as cortinas fechadas, dão cabo à própria história. Não são poucos os relatos recentes de alunos que desistem de viver e que, antes disso, decidem se vingar da instituição que permitiu o fechamento dessas cortinas.

Os atos de *bullying* são tão perversos que podem acontecer a nossa volta que nem o percebemos. Essa perversidade pode inclusive ocorrer de maneira silenciosa e reiteradamente em qualquer ambiente.

1.2 - O QUE É O CYBERBULLYING?

Atualmente, é comum que o *bullying* seja praticado por meio virtual como instrumento de agressão no ciberespaço. É o denominado *cyberbullying*.

Sua ocorrência se dá quando são usados meios eletrônicos como redes sociais, e-mails, programas, vídeos etc., para se depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de se criar meios de constrangimento psicossocial para a vítima. Pois, para o agressor existe uma fictícia sensação de impunidade no ciberespaço, pois ele acredita

que por não se identificar, ou usar *nicknames*, ou criar perfil falso nas redes sociais, impossibilita a identificação da autoria de suas agressões.

Nesse sentido, segundo Lima⁴ fazer uso frequente das tecnologias aumentou o número de pessoas que estão cada vez mais “conectadas”. Percebe-se que uma das consequências desta inclusão digital no Brasil é a participação significativa de indivíduos nas redes sociais. Conforme pesquisa realizada pelo Ibope Nielsen Online, 29 milhões de brasileiros começam a utilizar as redes sociais por mês, sendo que a cada quatro minutos despendidos na rede, as pessoas atualizam o seu perfil e monitoram a vida de outras pessoas.

Isso denuncia que a informatização está construindo uma nova espécie de sociedade, denominada como sociedade da informação. A sociedade da informação já faz parte de nossas vidas e

Não há dúvidas em afirmar que a internet é imprescindível para a sociedade. Comunicações, envios de documentos, acesso a informações, enfim, coisas que antes demoravam certo tempo para a efetiva realização, hoje, com o uso da internet ocorrem imediatamente. Entretanto, a internet também é um instrumento utilizado para disseminar o mal, e o mais comum deles e assunto da pauta é o Cyberbullying.” (VIEIRA SEGUNDO, 2014, p. 221)

Portanto, observamos que a diferença entre *bullying* e *cyberbullying* é o modo pelo qual a ofensa é realizada. O primeiro tem começo, meio e fim e o agressor “mostra sua cara”. Já o segundo, na *internet* não tem fim, vira um fantasma e as agressões são transmitidas em alta velocidade podendo ser vistas por milhares de pessoas em muito pouco tempo. Porém, ambas causam enormes sofrimentos às vítimas e familiares.

2 - BULLYING ESCOLAR: FORMAS DE AGRESSÃO

Mister, para melhor entendimento do tema *bullying* escolar, é identificarmos quais condutas, dentro do ambiente escolar, são consideradas e tratadas como tal.

É relevante essa consideração porque algumas condutas que deveriam ser reconhecidas e percebidas como uma conduta de *bullying*

4 LIMA, Gisele Truzzi de. **Cyberbullying, Cyberstalking e redessociais**: os reflexos da perseguição digital. Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-cyberbullying-cyberstalking-redes-sociais.pdf>>. Acesso em: 15/02/2019.

escolar acabam não sendo identificadas desta forma e, conseqüentemente, não são tratadas como um problema.

Os casos de *bullying* escolar que são divulgados retratam de comportamentos violentos e chamam atenção da mídia momentaneamente, porém, o dia-a-dia da comunidade escolar esconde diversas condutas causadas por agressores com potencial menor, mas que da mesma maneira causam danos às suas vítimas e precisam de um tratamento restaurador.

Sabemos que no ambiente escolar ocorrem muitos conflitos, que são tidos como normais no dia-a-dia e que segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008, p. 19):

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto e afeto que exista em determinada relação algum dissenso, algum conflito, estará presente.

No entanto, esses conflitos nem sempre são resolvidos da forma mais adequada. Isso porque várias vezes a violência é empregada para ampliar os efeitos, o que aumenta as conseqüências do *bullying*, que mesmo quando sem violência já deixa resquícios em suas vítimas, afetando as relações interpessoais, tendo em vista que as violências não se manifestam apenas em agressões físicas, mas também verbais, morais.

Para Cléo Fante o fato do conceito de *bullying* não ser unívoco e, ainda, a falta de rigorosidade no conceito, sempre abriu oportunidade para interpretações equivocadas que se colocam como preconceito ou discriminação:

Apesar dessa preocupação quanto ao conceito, indivíduos e instituições vêm atribuindo muitas das ações agressivas entre os estudantes, como bullying, quando na verdade, são atitudes de intolerância, discriminação, preconceito. Como exemplo, podemos citar alguns dos casos veiculados na mídia, onde uma estudante, que por causa do vestido curto que usava, foi discriminada por colegas universitários. Outro caso de uma jovem, que ao chegar à universidade se deparou com os muros pichados, com palavras que ofendiam a si e a sua mãe. (Fante, 2009, p. 2)

Não podemos nos esquecer que a prática do *bullying* manifesta-se em muitos ambientes. Mas, encontra no ambiente escolar um local propício para prática.

Porém, o maior obstáculo nesse tema, é que o *bullying*, quando não apresenta violência de forma clara, sendo assim silencioso, apresenta como consequência a constatação de que os profissionais - professores, diretores, pedagogos – negligenciem quanto à identificação da ocorrência do *bullying*. Nesse sentido, diz Camacho (2007, p. 128) que:

a violência, na sua forma explícita de manifestação nas escolas, é combatida, criticada e controlada por meio de punições. Entretanto, a violência mascarada passa impune, ou porque não é percebida como tal e é confundida com a indisciplina, ou porque é considerada pouco grave, isenta de consequências relevantes, ou, finalmente, porque não é vista. Essa violência pode se tornar perigosa porque não é controlada por ninguém, não possui regras ou freios e porque passa a ocorrer constantemente no cotidiano escolar. De tanto acontecer, ela passa a ser banalizada e termina por ser considerada “naturalizada”, como se fosse algo “normal”, próprio da adolescência.

A forma mais comum do *bullying* pode ser caracterizada por ataques de cunho sexual e racial, representados por agressões de cunho pejorativo que se desenham com intuito de humilhar o agredido frente a outros alunos.

Não obstante, os ataques não são dirigidos apenas a estas classes, também, alcançam etnias, linguagens regionais, obesidade, classe social, modo de vestir, enfim, tudo que julgue o agressor fora da sua normalidade.

Assim, não há como descartar o importante papel do educador no que diz respeito à questão tratada no contexto do presente artigo, isso porque os demais estudantes geralmente não identificam uma atitude de *bullying* e quando identificam, sentem-se amedrontados em enfrentar ou, ainda, denunciar o agressor, tudo porque não são preparados para lidar com estas situações que envolvem a prática sistemática. E há necessidade que esses mesmos educadores procurem e se munam de mecanismo que possam identificar os atores envolvidos no *bullying*, para que a escola, junto das famílias, elaborem estratégias que propiciem um freio neste mal que acomete o interior das escolas.

Ressaltamos que a discriminação trazida pelo *bullying* ganhou força e, assim, nasceu a figura o *bullying* virtual, que é a modalidade facilitada pelo uso da internet.

3 - A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é um procedimento de consenso, no qual a vítima, o infrator e, quando necessário, outros membros da comunidade afetados pelo crime, que como sujeitos centrais, participam coletiva e, ativamente, na construção de soluções dos danos e perdas causados pelo crime. Portanto, a Justiça Restaurativa é um novo paradigma de resolução dos conflitos criminais.

Isso quer dizer que,

A prática restaurativa tem como premissa maior reparar o mal causado pela prática do ilícito, que não é visto, a priori, como um fato jurídico contrário à norma positiva imposta pelo Estado, mas sim como um fato ofensivo à pessoa da vítima e que quebra o pacto de cidadania reinante na comunidade. Portanto, o crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça Restaurativa identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa relação e do trauma causado e que deve ser restaurado (BRANDÃO, 2010).

Assim, mister se compreender que o conceito de Justiça Restaurativa tem uma nova definição da concepção de crime, ou seja, considera o delito, além de uma conduta contrária à norma criminal, um ato que atinge pessoas, causando danos e prejudicando relacionamentos.

Observamos que a Justiça Restaurativa inclui o ofendido pelo crime na resolução do conflito, fortalecendo, assim, um movimento de redescoberta da vítima, esquecida durante muito tempo pelo Direito Penal e pela Política Criminal (SANTOS, 2014, p. 58). Ou seja, é possibilitado à vítima opinar sobre o que deve acontecer ao ofensor, mesmo que sua opinião não seja decisiva na solução do conflito.

Tanto que para Ferreira (FERREIRA, 2006, p. 24), a Justiça Restaurativa não deve ser considerada como uma forma de privatizar a realização da justiça, semelhante à vingança privada ou à negociação direta entre as partes envolvidas em um conflito, bem como não é como a justiça pública, como a que resulta do funcionamento do sistema judicial, mas como uma justiça comunitária, menos punitiva, mais equilibrada e, conseqüentemente, mais humana.

O sentido de restaurativa é mais amplo e envolve a restauração

da paz social, a normalização das relações sociais e até a reabilitação psicoafetiva da vítima.

4 - A “CO-LABORAÇÃO” DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA BUSCA DA EFETIVIDADE DO PROGRAMA DE COMBATE À INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA

Como já observamos alhures, a Lei do *Bullying* até determina o que seria o “programa de combate”, mas não traça diretrizes específicas para ele e o deixa nas mãos das escolas, dos clubes e das agremiações recreativas, quando, na verdade, deveria tratá-lo como uma política social.

Portanto, se não houver uma ação conjunta da sociedade, a Lei dificilmente trará algum benefício a médio ou longo prazo, haja vista que em um mundo globalizado, em que as informações se propagam com maior velocidade do que as pessoas conseguem captar, torna-se necessária a adoção de medidas compatíveis com ele.

As condutas identificadas como intimidação sistemática, por exemplo, piadas jocosas, apelidos e segregações não são novidades no âmbito escolar. Há décadas fazem parte deste ambiente, mas ganharam contornos mais perversos e depreciativos nos últimos anos.

Tanto as crianças como os adolescentes, influenciados por uma mídia e por uma sociedade que impõem padrões ilimitados, levaram para o ambiente escolar, na maioria das vezes, pré-conceitos e julgamentos que não lhes são intrínsecos, mas que foram acostumados a ter.

Foi pensando exatamente nesse cenário que a Justiça Restaurativa surge como uma possibilidade interessante, capaz de amenizar os danos que a violência escolar traz consigo.

A Justiça Restaurativa é um forte instrumento para evitar pequenos delitos que, de modo geral, iriam se arrastar por anos no âmbito judiciário, em busca de uma solução mais eficiente e rápida.

E é nesse contexto que a Justiça Restaurativa vem invadindo o cenário educacional, mostrando-se como uma alternativa eficiente na solução de conflitos escolares.

A Justiça Restaurativa tem, como objetivo principal, a mudança dos padrões de convivência entre as pessoas, nas relações interpessoais, nas instituições e na sociedade, a partir da construção de um poder com o outro – de forma a afastar o tão praticado poder sobre o outro, que é causa de tamanha insatisfação e, por consequência, de violência

–, fundando-se na ideia de que todos e cada qual, sem exceção e com igual importância, são corresponsáveis pela harmonia e pela paz. Por isso, apesar de contar com um rol de procedimentos para resolução de conflitos de forma dialógica e integrativa, a Justiça Restaurativa não se basta neles e vai para muito além, configurando-se como verdadeiro instrumento de transformação social.

Salientamos que, as grandes dificuldades que vêm sendo enfrentadas pelos profissionais da área de educação, em termos de falta de reconhecimento e valorização, bem como, pelo fato de muitos alunos provirem de realidades, em todas as classes sociais, nas quais impera a violência e a ausência de limites, o que torna a missão restaurativa mais árdua e difícil. Mesmo assim, com a força que emerge do amor pela profissão e do carinho para com os jovens, os Professores, a despeito das dificuldades, enfrentam as adversidades e prosseguem em suas jornadas restaurativas, o que ora é reforçado com o apoio da Justiça Restaurativa.

Atualmente, as instituições estão se movimentando para efetivar parcerias com o Sistema de Educação para fins de realização desse trabalho restaurativo no contexto escolar, na busca de resultados positivos no sentido de colocar caminhos certos, que nasceram errados, e, ainda, evitar que conflitos voltem a acontecer, não só com as pessoas que transgrediram, mas, também impedindo que outras violências nasçam.

Como disse o educador Paulo Freire: “A educação não muda o mundo. A educação muda pessoas e pessoas mudam o mundo”.

Dentro desse contexto, quando ocorrem transgressões no âmbito escolar, a Justiça Restaurativa vale-se de sua técnica para soluções de conflitos, o processo circular, para fins de compreender as necessidades, bem como promover a reflexão e identificar as responsabilidades, de todos os envolvidos – transgressor, vítima, familiares, comunidade e Rede de Garantia de Direitos – rumo à construção de um futuro melhor.

E esse instrumento de solução de conflitos que vem evoluindo há aproximadamente dez anos, tanto que o Brasil tem vivenciado uma mudança nos paradigmas de tratamento de conflitos. Isso ocorre desde a Resolução nº. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a concepção de acesso à justiça ultrapassou sua visão *strictu sensu* de acesso ao processo para ser compreendida como acesso ao tratamento adequado dos conflitos de interesses.

E, com a vigência da Lei nº. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), a inserção dos métodos complementares de solução de conflitos, sendo a responsabilidade dos profissionais jurídicos o estímulo de sua implementação, ou seja, a regulamentação da mediação entre par-

ticulares como meio de solução de conflitos, fortaleceu o exercício da Justiça Restaurativa, *in casu*, na Educação.

Ademais, a própria Lei nº. 13.185/2015, de combate à violência e à intimidação sistemática (*bullying* e *cyberbullying*), traz como objetivo (artigo 4º.) prevenir e combater tal prática mediante a colaboração de toda a sociedade, por meio de campanhas de conscientização (com ênfase nas práticas cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar), capacitação de docentes, orientação das famílias para identificar o problema, assistência psicológica, social e jurídica, bem como disseminar uma cultura de paz, respeito e tolerância. (BRASIL, Lei nº. 13.185/2015)

Já, nos termos do artigo 5º., da Lei nº. 13.185/2015 foi atribuído o dever legal de assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (*bullying* e *cyberbullying*) aos estabelecimentos de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas.

CONCLUSÃO

O tema do presente trabalho não se esgota aqui, muito há de se discutir e realizar, mesmo porque embora o *bullying* já exista há muito tempo, sua contextualização legal é recente.

Como observamos no discorrer do trabalho, o *bullying* escolar é e deve ser considerado um problema social de grande relevância, além de ultrapassar a esfera dos envolvidos.

Pois, toda a sociedade em geral sofre os seus efeitos destrutivos, como o Brasil que não consegue diminuir os seus índices de violência e o aumento da criminalidade, o consumo de drogas, e a evasão escolar, que são, na verdade, algumas das consequências da intimidação sistemática.

A violência que o *bullying* causa ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser enfrentada com os meios adequados. Embora, acreditamos que houve uma boa intenção do legislador em normatizar o tema e instituir um programa de combate à intimidação sistemática, o que observamos foi que os poucos instrumentos disponibilizados para o combate dessas condutas perversas foram insuficientes para a sua erradicação, ou ainda que fosse, para a sua diminuição.

O combate ao *bullying* e ao *cyberbullying* continua a depender dos meios disponibilizados às vítimas pelo Código Penal, Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

E a incidência restaurativa está ligada aos valores da boa conduta social, do respeito ao próximo e se constituirá pela elaboração de acordos e obrigações com vistas a obter a solução pacífica e sem humilhações.

A intenção é desvelar os comportamentos frente ao *bullying* escolar e, a partir daí restaurar a harmonia no ambiente escolar para que atitudes como a violência escolar não se tornem hábitos. Assim sendo, a prática da Justiça Restaurativa apresenta dois elementos fundamentais para sua implantação, quais sejam, 1) punir o agressor, para que os demais alunos visualizem a atitude como errada e desrespeitosa, 2) no entanto, essa punição será pautada no diálogo, não expondo o agressor, o que poderá reverter soluções positivas.

Ainda que existam distintos métodos restaurativos, é indispensável adequá-los e traçar um paralelo entre alguns deles, como o encontro de todos afetados pela situação do conflito, colocando todos na resolução do conflito, objetivando construir em conjunto de formas de convivência.

Adotando os procedimentos da Justiça Restaurativa, o *bullying* escolar poderá ser observado sob outra ótica, pois a busca para solução dos conflitos parte das instituições que, entre si, participam da implementação de um novo paradigma de ação, articulado e comprometido com o envolvimento participativo de todos.

Destacamos também, que é necessário um conjunto de ações a fim de garantir a efetivação da Educação. E para que o fim da prática do *bullying* se concretize é fundamental a participação do Estado, da família, da sociedade, da comunidade escolar e das Instituições.

O processo restaurativo, com a participação de todos envolvidos, traz para a escola uma metodologia positiva de lidar com os problemas e proporcionará uma educação baseada nos pilares do respeito, da dignidade da pessoa humana, fortalecendo o diálogo, o bem estar e a convivência harmônica.

Portanto, resta evidente que a comunidade escolar deve acreditar que a formação de uma rede de apoio às crianças e adolescentes, pode gerar uma proximidade capaz de aos poucos amenizar a imposição de castigos arbitrários que não vão corrigir o ato de forma correta e educativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Delano Câncio. Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_

id=7946>. Acesso em: 15/02/2019.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Atualizada. Brasília: Congresso Nacional, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 10/02/2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil** – Lei nº.13.105/2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14/02/2019.

BRASIL. **Lei nº. 13.185/2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13185.htm>. Acesso em: 14/02/2019.

CALHAU, Lélío Braga. **Bullying. O que você precisa saber:** identificação, prevenção e repressão. 3. Ed. Niterói: Impetus, 2011.

CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da amizade – bullying:** o sofrimento das vítimas e dos agressores. São Paulo: Gente, 2008.

CAMACHO, Luiza Mitiko Yshiguro. As sutilezas das faces da violência nas práticas escolares de adolescentes. **Educação e Pesquisa. São Paulo, v.27, n.1, p. 123-140, jan/jun. 2001.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v27n1/a09v27n1.pdf>>. Acesso em: 29/04/2019.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 14/02/2019.

FANTE, Cléo. **Bullying no Ambiente Escolar.** Disponível em: <http://inov.org.br/site/artigos/9.pdf>. Acesso em: 29/04/2019.

FERREIRA, F. A. **Justiça Restaurativa:** natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra. 2006.

LIMA, Gisele Truzzi de. **Cyberbullying, Cyberstalking e redessociais:** os reflexos da perseguição digital. Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-cyberbullying-cyberstalking-redes-sociais.pdf>>. Acesso em: 14/02/2019.

SANTOS, C. C. **A Justiça Restaurativa**: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?. Coimbra: Coimbra, 2014.

TRAUTMANN, Alberto. Maltrato entre pares o “bullying”. Uma visión actual. **Revista Chilena de Pediatría**, 79 (1), 13-20, 2008.

VASCONCELLOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim; SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. Cyberbullying. **Revista Síntese Direito de Família, São Paulo, Síntese. Ano XI, n. 81, p. 220-221, dez./jan., 2014.**



FAZER O BEM É LEGAL: A ATUAÇÃO VOLUNTÁRIA DE UNIVERSITÁRIOS NO COMBATE À EXPLORAÇÃO INFANTIL E NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

VANDERLEI FERREIRA DE LIMA¹

ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA²

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo originou-se pela participação dos autores em diversas palestras, audiências públicas, seminários e cursos promovidos e organizados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com sede em Campinas/SP, através de seu Comitê de Erradicação do Trabalho Infantil e estímulo à Aprendizagem.

Os autores, professor e juíza do trabalho, respectivamente, identificaram que no ambiente universitário pode-se obter um grande número de voluntários que poderão doar seu tempo em apoio à nobre causa que é o combate ao trabalho infantil e ao esclarecimento da sociedade, notadamente a parte empresarial, sobre a contratação regular do adolescente e jovem aprendiz, especialmente aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, somando esforços na consecução desse nobre objetivo.

Identificaram também, que o engajamento dos universitários nessa nobre causa também produzirá efeitos positivos na formação acadêmica desses profissionais – os universitários - que terão contato com essa dura realidade que é a exploração do trabalho infantil e a falta de oportunidades para nossos jovens, além de outros problemas sociais, tais como situação de miséria que campeia nas periferias de nossas cidades.

Por fim, outro importante efeito é o que se pode chamar de “efeito bumerangue: o que se lança, volta; se se lança o amor, volta o amor”, no qual o universitário engajado nessa nobre causa que é o combate à exploração infantil, estará fazendo bem ao próximo (ação) e como con-

1 Procurador do Estado/SP, professor do Centro Universitário de Bauru, mestre em Direito Constitucional, voluntário no Lions Clube Bauru Bela Vista e Lar e Escola Santa Luzia para Cegos Bauru, ex- delegado de polícia/SP. E-mails vflimapge@terra.com.br, vflima@sp.gov.br

2 Juíza do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Bauru e do Juizado Especial da Infância e Adolescência de Bauru/SP, mestre em Direito Constitucional, voluntária no Lions Clube Bauru Bela Vista. Email analima15@terra.com.br

sequência sentirá uma sensação de prazer por fazer este bem; também sentirá sensação de que é sim possível mudar a vida das pessoas para melhor (reação -consequência).

2 - EXPLORAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Atualmente, vivencia-se uma triste tragédia que se abate sobre o futuro de nossa nação: o trabalho ilícito de crianças e adolescentes. Essa odiosa exploração de nossas crianças e adolescentes assume as mais variadas formas que vai desde o trabalho doméstico, fazendo a criança substituir o adulto; o trabalho nas indústrias, no campo, feiras livres, lixões, nas esquinas da vida vendendo guloseimas e pequenos utensílios, chegando até à mendicância, à prostituição e ao uso e tráfico de entorpecentes, tratando-se das piores formas de trabalho infantil.

Os números são assombrosos! Existem mais de 2,7 milhões de crianças e adolescentes trabalhando de forma irregular no Brasil. O Brasil assumiu o compromisso de erradicar o trabalho infantil até 2025, em seu plano apresentado em cumprimento à Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho.

O trabalho infantil traz malefícios não só para a criança como para toda a sociedade, sendo uma das maiores causas da evasão escolar, alimentando o ciclo de pobreza, além de expor as crianças a riscos de doenças e acidentes de trabalho (com ferimentos graves, mutilações e até a morte), passando a depender de assistência social, tirando-lhe a vida digna e promissora a que teria direito.

ACIOLI bem define o trabalho infantil:

O trabalho infantil é uma violação de direitos humanos e, por isso, uma forma inegável de violência. O esforço laboral provoca cansaço, submete as crianças a situações de risco, ameaça à saúde e rouba-lhes o tempo para brincar. Impede as crianças de desfrutarem do precioso tempo para fazer coisas que lhes interessam, e que são importantes para o seu desenvolvimento. O trabalho de crianças é prejuízo certo e incalculável. Aniquila a infância.

A vida não volta e este período único e curto que se chama infância escapa de suas mãos e se perde em razão de uma sociedade que não cumpre o seu papel na defesa dos direitos humanos

de todas as crianças e de todos/as os/as adolescentes.³

Dados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho (MPT), em conjunto com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) apontam que, em seis anos, 15,6 mil crianças foram vítimas de acidentes de trabalho no país. Uma média de sete crianças feridas por dia por estarem trabalhando.⁴

No Brasil, é proibido o trabalho de crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos. A partir de 14 anos o trabalho é permitido, sim, através de um contrato de aprendizagem, no qual é assegurada a frequência do adolescente ao ensino fundamental ou médio, além da participação em um curso de aprendizagem profissional, com aulas teóricas e práticas, que podem ser desenvolvidas no estabelecimento da empresa, sob a supervisão de um monitor.

O adolescente que ainda não completou 18 anos não pode trabalhar nas seguintes condições: em horário noturno; em atividades perigosas ou insalubres; em horário que prejudique sua frequência à escola, ou em locais que prejudiquem sua formação moral. Esta proteção é conferida às crianças e adolescentes em virtude de sua condição de pessoa ainda em formação moral, intelectual e física (art. 7º XXXIII da Constituição Federal).

O Brasil assumiu o compromisso de erradicar o trabalho infantil até 2025, em seu plano apresentado em cumprimento à Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho. Desde 2013 o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho passaram a contribuir com o compromisso de erradicar o trabalho infantil, criando o Programa de Combate ao Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho.

3 - DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei 9.069/90 define criança como sendo a pessoa natural de 0 a 12 anos incompletos. O adolescente é aquele que possui 12 completos a 18 anos incompletos.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à

3 ACIOLI, Márcia. “O Cenário”. Criança, adolescente, trabalho/Andrea Saint Pastous Nocchi, Gabriel Napoleão Velloso, Marcos Neves Fava, organizadores. – São Paulo: LTr. 2010, pág. 89.

4 Informação obtida do **Brasil Econômico em** 13/06/2018.

saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227 Constituição Federal). Assim, o direito à profissionalização está garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Afinal, a construção de um Brasil melhor é direito e responsabilidade de todos. Essa construção de um Brasil melhor começa pela exclusão da nossa sociedade do flagelo da exploração do trabalho de crianças e adolescentes.

4 - DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece que toda pessoa tem direito à educação adequada para alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade humana, o respeito aos direitos do homem e das liberdades fundamentais.⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 205 assim determina: “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

E continua:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

5 VERONESE, Josiane Rose Petry, SILVEIRA Mayara, CURY, Munir (coord.) Estatuto da Criança e do adolescente Comentado. 13. Ed. Malheiros. São Paulo. 2018, p 415.

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Em termos infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 9.099/90) determina que a criança e o adolescente devem receber especial proteção da sociedade e do Estado. São reconhecidos como pessoas em desenvolvimento físico, intelectual e moral, possuindo acesso prioritário e integral a todos os direitos personalíssimos, em especial os direitos à saúde e à educação como direitos personalíssimos e intangíveis.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacio-

nadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

(...)

Capítulo IV

Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade

competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola.

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

I - maus-tratos envolvendo seus alunos;

II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;

III - elevados níveis de repetência.

Art. 57. O poder público estimulará pesquisas, experiências e novas propostas relativas a calendário, seriação, currículo, metodologia, didática e avaliação, com vistas à inserção de crianças e adolescentes excluídos do ensino fundamental obrigatório.

Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.

Art. 59. Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

O direito fundamental à educação foi estabelecido como um direito social cuja concretização deve se dar mediante os esforços do Estado, da sociedade e da família.

Sobre o direito a educação, ensina TAVARES que:

De um lado, a Administração Pública tem de oferecer ensino fundamental às crianças e aos adolescentes, enquanto, de outro lado, os seus pais, tutores ou guardiães se obrigam a levá-los à matrícula e assídua frequência.

O descumprimento desse preceito caracteriza violação ao poder-dever familiar, e da tutela ou da guarda judicial. O que dá azo à destituição do responsável como prevê o CC/2002, arts. 1.635 a 1.638 e ECA, arts. 22, 24 35, 38 129, VIII, IX e X. Configura a infração administrativa prevista no art. 249 do Estatuto, ou até mesmo, o crime de abandono intelectual tipificado no art. 246 do Código penal.⁶

6 TAVARES, José de farias. Comentários ao estatuto da Criança e do Adolescente. 8ª.

Portanto, o acesso à educação é direito de todas as crianças e adolescentes, sendo dever do Poder Público, da sociedade e da família.

5 - DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Inicialmente, pode-se dizer que se foi o tempo que o trabalho era considerado um peso, uma atividade irrelevante e sem importância. Em sua história, a humanidade se deu conta que a mesma alcançou elevados níveis de conforto e bem-estar graças ao trabalho realizado por milhões de trabalhadores.

Por conta disso, hoje o trabalho é considerado uma atividade significativa na vida das pessoas e que dignifica o ser humano, que propicia pelo conforto a vida das pessoas.

Nesse sentido, a Constituição Federal arrolou o trabalho dentre os princípios fundamentais da República federativa do Brasil.

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

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;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

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

Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013, p 62.

seguintes princípios:

(..)

VIII - busca do pleno emprego;

Nesse contexto, o trabalho é mais que uma atividade geradora de riquezas, é um direito fundamental. O Estado e a sociedade devem assegurar trabalho digno a todas as pessoas⁷

6 - ADOLESCENTE APRENDIZ E O DIREITO AO TRABALHO

No Brasil, é proibido o trabalho de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos. A partir de 14 anos o trabalho é permitido, sim, através de um contrato de aprendizagem, no qual é assegurada a frequência do adolescente ao ensino fundamental ou médio, além da participação em um curso de aprendizagem profissional, com aulas teóricas e práticas, que podem ser desenvolvidas no estabelecimento da empresa, sob a supervisão de um monitor.

TAVARES ensina que:

A aprendizagem profissional respeitará as condições peculiares do adolescente como pessoa em desenvolvimento. A carga horária não prejudicará a participação regular do aluno na sua escola de ensino fundamental da rede pública. No cumprimento da Consti-

7 “ANGÚSTIA! Neste “dia do trabalhador”, termino mais um plantão judicial sentindo um misto de alegria e tristeza:

Alegria pelo sentimento de estar cumprindo a minha missão como Magistrada do Trabalho e levando dignidade ao trabalhador, lutando pelo fim da exploração infantil e pela conscientização da necessidade da contratação regular (não exploração) do adolescente aprendiz. Sim! Com cidadã e magistrada, procuro fazer Justiça Social.

Por outro lado, carrego uma enorme tristeza em coração ao saber que temos 13 milhões de desempregados em nosso rico país.

Um país onde o que se planta, nasce e produz, onde se concentram as maiores reservas de água potável e de riquezas minerais do mundo; possuindo a 5a maior extensão territorial do mundo; 8a. economia mundial; 9a. posição em números de bilionários. Um país com essas características não era para ter essa multidão de desempregados; ter pessoas que não possuem um teto para morar com água e esgotos para as necessidades mais vitais do ser humano. Falta uma melhor distribuição de nossas riquezas e a instituição do imposto sobre as grandes fortunas, adormecido há 30 anos na Constituição Federal, seria um bom começo. Diante desse quadro, deixo registrado meu pedido de desculpas aos brasileiros que vivem abaixo da linha de pobreza.” Ana Claudia Pires Ferreira de Lima, Juíza do Trabalho.

tuição, art. 227, § 3º, III. Ver, na CLT arts. 403 a 405 e 424 a 427.⁸

Regulamentando o direito ao trabalho do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

Capítulo V

Do Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho

Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz. (Vide Constituição Federal)

Art. 61. A proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei.

Art. 62. Considera-se aprendizagem a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor.

Art. 63. A formação técnico-profissional obedecerá aos seguintes princípios:

I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;

II - atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;

III - horário especial para o exercício das atividades.

Art. 64. Ao adolescente até quatorze anos de idade é assegurada bolsa de aprendizagem.

Art. 65. Ao adolescente aprendiz, maior de quatorze anos, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários.

Art. 66. Ao adolescente portador de deficiência é assegurado trabalho protegido.

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;

II - perigoso, insalubre ou penoso;

III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;

IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

Art. 68. O programa social que tenha por base o trabalho educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, deverá assegurar ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada.

§ 1º Entende-se por trabalho educativo a atividade laboral em que

8 TAVARES, ob. Cit. 66.

as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo.

§ 2º A remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo.

Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Contratar adolescente aprendiz é uma forma de combater o trabalho infantil e propiciar ao adolescente e ao jovem o direito à educação e à formação profissional.

A validade do contrato de aprendizagem pressupõe a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio e inscrição em programa de aprendizagem, desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

José Roberto Dantas Oliva⁹ ensina que “por formação técnico-profissional metódica deve ser entendida a atividade que alterna teoria (estudo) e prática, mas não de forma aleatória. Necessariamente haverá um método de ensino-trabalho (projeto pedagógico), organizado de forma a que as tarefas confiadas ao aprendiz aumentem gradativamente de complexidade, a fim de que o objetivo – principal – de aprendizagem no ambiente de trabalho seja alcançado. O programa de aprendizagem (conteúdo pedagógico) deve conter, no mínimo, os objetivos do curso, os conteúdos a serem ministrados aos aprendizes e a carga horária prevista, tudo em respeito ao que prevê o art. 1º, § 3º, III e IV da Instrução Normativa SIT/TEM n.26, de 20 de dezembro de 2001.”

As empresas têm que contratar aprendizes em número equivalente ao mínimo 5% até o máximo de 15% dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional, nos termos do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Estão excluídas dessa obrigação as entidades sem fins lucrativos,

9 OLIVA, José Roberto Dantas. O contrato de aprendizagem como instrumento de qualificação profissional de jovens. Criança, adolescente, trabalho/Andrea Saint Pastous Nocchi, Gabriel Napoleão Velloso, Marcos Neves Fava, organizadores. – São Paulo: LTr, 2010, pág. 157.

que tenham por objetivo a educação profissional, assim como as microempresas e empresas de pequeno porte.

Moldar os cursos de aprendizagem às necessidades da empresa para capacitar os futuros profissionais significa: economia para as empresas e formação de uma geração segura e saudável

7 - TRABALHO VOLUNTÁRIO

O Trabalho voluntário está disciplinado na Lei 9.608/98 que assim dispõe:

Art. 1º Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa. (Redação dada pela Lei nº 13.297, de 2016)

Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim.

Art. 2º O serviço voluntário será exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições de seu exercício.

Art. 3º O prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias.

Parágrafo único. As despesas a serem ressarcidas deverão estar expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário.

Desta forma, não há qualquer impedimento legal para a atuação voluntária de universitários no combate ao trabalho infantil e na conscientização da sociedade quanto à necessidade de contratação regular do adolescente aprendiz.

8 - ATUAÇÃO VOLUNTÁRIA DE UNIVERSITÁRIOS NO COMBATE À EXPLORAÇÃO INFANTIL E NA NECESSIDADE DE CONSCIENTIZAÇÃO DA SOCIEDADE QUANTO À CONTRATAÇÃO REGULAR DO APRENDIZ

Todos os universitários devem aprender as disciplinas técnicas do curso escolhido, mas devem, principalmente, serem ensinados e cooptados para contribuir voluntariamente para a construção de um futuro melhor para o Brasil.

DUTRA, Maria Zuíla Lima fala do dever de possibilitar a felicidade do outro:

O princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesmo requer não apenas o dever de não prejudicar ninguém, mas também o dever de possibilitar a felicidade do outro, pelo reconhecimento e respeito aos direitos humanos. Fábio Konder Comparato identificou os direitos humanos como sendo 'os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação'.¹⁰

A atuação dos universitários em palestras, panfletagem e visitas a escolas para conscientizarem a população sobre a proibição do trabalho infantil e a importância do estudo no desenvolvimento das crianças e adolescentes, além da contratação do adolescente aprendiz em respeito à legislação certamente contribuem para a construção de uma geração mais segura e saudável.

Lugar de criança, verdadeiramente, é na escola, estudado e desenvolvendo atividades lúdicas. O engajamento de nossos universitários em trabalhos voluntários em benefício a pessoas em situação de risco e em causas humanitárias é um serviço de extensão à comunidade que deve ser estimulado cada vez mais.

10 DUTRA, Maria Zuíla Lima. Trabalho Infantil: Caminho que perpetua a pobreza. NOCCHI Andréa Saint Pastous, FAVA Marcos Neves, CORREA Lelio Bentes, Organizadores. CRIANÇA E TRABALHO: Da Exploração à Educação/, organização. – São Paulo: LTr, 2015, pág. 26.

9 - CONCLUSÃO

Através do presente artigo pretende-se levar ao conhecimento da sociedade os benefícios sociais – promoção dos Direitos Humanos à educação e à formação profissional – que podem ser proporcionados pelo combate ao trabalho infantil, assegurando o acesso da criança e do adolescente à educação e à contratação regular do aprendiz, com a correspondente formação profissional.

A contratação regular do aprendiz para o trabalho dará apoio na formação educacional e profissional do adolescente com vistas a assegurar-lhe o direito à educação e formação profissional, preparando-o para o mercado de trabalho e principalmente para uma formação cidadã.

A utilização do trabalho voluntário de universitários na nobre causa que é o combate à exploração da criança e do adolescente e da necessidade de contratação regular do adolescente aprendiz também contribuirá para a uma formação humanitária de nossos universitários, incluindo em suas consciências que, “fazer o bem é legal”.

Todos os universitários devem aprender as disciplinas técnicas do curso escolhido, mas devem, principalmente, serem ensinados e cooptados para contribuir voluntariamente para a construção de um futuro melhor para o Brasil. Essa construção necessariamente passa pelo combate ao trabalho infantil e a Contratação Legal do Aprendiz.

BIBLIOGRAFIA

ACIOLI, Márcia. “O Cenário”. Criança, adolescente, trabalho/Andrea Saint Pastous Nocchi, Gabriel Napoleão Velloso, Marcos Neves Fava, organizadores. – São Paulo: LTr, 2010.

DUTRA, Maria Zuíla Lima. Trabalho Infantil: Caminho que perpetua a pobreza. NOCCHI Andréa Saint Pastous, FAVA Marcos Neves, CORREA Lelio Bentes, Organizadores. CRIANÇA E TRABALHO: Da Exploração à Educação/, organização. – São Paulo: LTr, 2015.

OLIVA, José Roberto Dantas. O contrato de aprendizagem como instrumento de qualificação profissional de jovens. Criança, adolescente, trabalho/Andrea Saint Pastous Nocchi, Gabriel Napoleão Velloso, Marcos Neves Fava, organizadores. –

São Paulo: LTr, 2010.

TAVARES, José de farias. Comentários ao estatuto da Criança e do Adolescente. 8ª. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry, SILVEIRA Mayara, CURY, Munir (coord.) Estatuto da Criança e do adolescente Comentado. 13. Ed. Malheiros. São Paulo. 2018.



DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: O DIREITO À FELICIDADE PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL

BIANCA MEDRAN MOREIRA¹

RAQUEL FABIANA LOPES SAPAREMBERGER²

1 - INTRODUÇÃO

Este texto analisa os Direitos fundamentais sociais, e o Direito à felicidade, para além do mínimo existencial, a inexistência de sua referência expressa na Constituição Federal, o dever do Estado – a necessidade de política pública e do comprometimento de cada cidadão – de assegurá-lo, além da jurisprudência e doutrina, existentes no Brasil e no exterior, acerca do tema. Nesse sentido, o artigo aborda o mínimo existencial, os direitos fundamentais e a relação de tais categorias com o direito à felicidade. Num segundo momento, aborda o Direito à felicidade, no plano internacional e local: para além do mínimo existencial. Enfatiza o paradoxo da felicidade, para além da necessidade de política pública. Por fim, demonstra o papel do Supremo Tribunal Federal e também os desafios e perspectivas para o chamado Direito à felicidade. A partir de uma análise jurídica, pretende-se utilizar a pesquisa bibliográfica para descobrir o porquê da omissão constitucional, que instiga o debate sobre a (in) eficácia do reconhecimento da felicidade como direito fundamental. O método de abordagem utilizado é o dedutivo.

1 Mestranda em Direito pela Faculdade do Ministério Público. Bacharel em Direito pela PUC-RS. Especialista em Direito Constitucional. Atuação expressiva nas áreas de Direito Empresarial, Contratual, Autoral, Contencioso e Consultivo Cível, Consumidor e Família. Experiência em gestão de clientes e de pessoas. Êxitos consagrados na condução estratégica de conflitos complexos e na elaboração de planejamentos preventivos. Advogada.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professora associada da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP-RS. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPq “Sociedade da Informação e fake democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional” vinculado ao Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS.

2 - MÍNIMO EXISTENCIAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À FELICIDADE

A categoria ‘mínimo existencial’, segundo Andreas Joachim Krell, vinculou a prestação do mínimo social aos direitos fundamentais de primeira dimensão, na doutrina alemã do pós-guerra (KRELL, 2002, p. 60-61, grifo nosso). Atualmente, a mesma aceita e defende que o Estado Social deve intervir para garantir, à existência física da pessoa, o “mínimo social”, o qual foi extraído do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, da Lei Fundamental da Alemanha) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social.

A Corte determinou um expressivo aumento do valor da “ajuda social”, que compreende o valor mínimo que o Estado é obrigado a pagar a cidadãos carentes. (KRELL, 2002, p. 60-61). Tal princípio também se evidenciou nas declarações internacionais dos direitos humanos (TORRES, 1999, p. 142), como por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu art. 25, que assim preceitua: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

Segundo Ricardo Lobo Torres, a teoria do Mínimo Existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais e está intimamente ligada à moral, inclusive porque os direitos fundamentais vinculam-se aos princípios morais ou aos direitos morais (TORRES, 2009, p. 25-28). Tal direito, no entanto, não foi expressamente consagrado pelo nosso Constituinte, mas encontra seu fundamento direto no direito à vida e no dever do Estado de prover as condições mínimas para uma vida com dignidade e isso inclui a ideia de felicidade (SARLET, 2007, p. 108).

O conceito de mínimo existencial não é demonstrado como cláusula genérica e aberta pela Constituição de 1988, senão que se limita a estabelecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “[...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III), além de imunizá-lo em alguns casos contra a incidência de tributos (art. 5º, incisos XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, art. 153, § 4º, etc.) (TORRES, 1999, p. 141).

Encontra-se também no artigo 6º, sobre os direitos sociais, que há espaço para o mínimo existencial, eis que este marca a jusfundamentalidade dos

direitos fundamentais sociais. Tal jusfundamentalidade se reduz ao mínimo existencial, no duplo aspecto de proteção: negativamente, contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos; positivamente, na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres (TORRES, 2009, p. 41).

Assim, o chamado mínimo existencial está incluído no “[...] rol dos direitos fundamentais, protege contra as contrições do Estado e de terceiros, carece de prestações positivas e é plenamente garantido pela jurisdição, independentemente da *reserva orçamentária*, pois goza também de garantias institucionais” (TORRES, 2009, p. 53-54, grifo do autor).

Quanto à legitimidade do mínimo existencial, ela pode ser verificada nos próprios princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que estão enumerados no artigo 1º, da Constituição Federal: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Entretanto, cada um desses fundamentos se abre para um leque de possibilidades hermenêuticas, o que torna cada vez mais intrincada a problemática da metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. Além disso, é no Estado Democrático de Direito que “renova-se o relacionamento entre o mínimo existencial e os direitos sociais” (TORRES, 2009, p. 39). O referido modelo de estado “passa a garantir o mínimo existencial em seu contorno máximo, deixando a questão da segurança dos direitos sociais para o sistema securitário e contributivo, baseado no princípio da solidariedade”. É nesse modelo de estado que o mínimo existencial transmigra do campo da dogmática jurídica para o da filosofia social e política (TORRES, 2009, p. 39).

Andreas Krell, assevera no sentido de que “[...] a teoria do mínimo existencial foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com as suas consequências na jurisprudência do país” (KRELL, 2002, p. 62). Quanto às características do mínimo existencial tem-se que são as mesmas dos direitos da liberdade:

[...] é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente

de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam; é negativo, pois exhibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justificável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata (TORRES, 2009, p. 39-40, grifo do autor).

Ana Paula de Barcellos acredita que “[...] o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica” (BARCELLOS, 2002, p. 278). Para a autora, o mínimo existencial compõe-se de quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental, que são: “a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça” (BARCELLOS, 2002, p. 278).

Barcellos considera tais elementos como o “[...] núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário” (BARCELLOS, 2002, p. 258, grifo da autora). Assim, o mínimo existencial não pode ser quantificado de forma única e definitiva, já que varia conforme lugar, tempo, padrão socioeconômico vigente, esfera econômica e financeira, expectativas e necessidades. Também não pode limitar-se a garantir simplesmente a sobrevivência física, eis que isso significaria uma vida sem alternativas, o que impediria a promoção da dignidade humana e a felicidade.

Todavia, a abordagem da busca pela felicidade não pode se esgotar com a promessa de acesso pelo texto constitucional (através da efetivação dos direitos sociais), pois merece a impregnação principiológica de todo ordenamento jurídico e a mudança paradigmática, no sentido da conscientização quanto ao merecimento de uma vida feliz.

Felicidade, em uma sociedade progressista, é núcleo e objetivo de todo o sistema jurídico, ao lado da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. E a sua busca deve ser, pelo menos, debatida e experimentada, de forma consciente e aberta, entre todos os membros e mantenedores do sistema jurídico, a fim de legitimar a melhor e mais progressiva interpretação constitucional da normatividade pátria.

A hermenêutica precisa se preocupar em sempre utilizar a interpretação que mais promova a felicidade, fazendo-a funcionar como um

verdadeiro mandamento de otimização no sistema. Assim, preocupar-se com a satisfação pela vida é o ápice da humanização do direito.

Preocupar-se com a felicidade é o coroamento dos direitos humanos, que se tornam cada vez mais sofisticados à medida que a sociedade hipercomplexa evolui e desafia as normas a incidirem de maneira vanguardista na tutela da vida livre, multicultural, plural e em constante transformação, com alteridade, justiça e presteza. O Direito precisa caminhar com o homem. E o homem saudável geralmente caminha em busca da felicidade.

3 - DIREITO DA FELICIDADE NO PLANO INTERNACIONAL E LOCAL: PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A Suprema Corte Americana encontra apoio na busca da felicidade para combater violações aos direitos humanos há muitos anos e entende que o Estado Democrático tem como objetivo primordial a criação de circunstâncias que permitam ao homem atingir a felicidade. Na Declaração de Independência dos Estados Unidos, ao lado da vida e da liberdade, se vê a busca da felicidade, como direito inalienável³ e como vetor hermenêutico de máxima efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais sociais.

A Constituição dos Estados Unidos deixou de fora a busca da felicidade de seu texto magno, mas muitos dos estados-membros (precisamente trinta e três), inspirados no “documento de identidade” que os uniu, previram expressamente, em suas constituições, o direito à vida, liberdade e a busca da felicidade: A Constituição de Nova York cita a Declaração de Independência no preâmbulo, a de Ohio, em seu artigo 1º, deixa claro: “Todos os homens são, por natureza, livres e independentes, e têm certos direitos inalienáveis, entre os quais os de desfrutar e defender a vida e a liberdade, adquirir, possuir, e proteger a propriedade, e buscar obter felicidade e segurança⁴.”

3 “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”. Trecho da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (Tradução livre do inglês). HANCOCK, John. 4 jul. 1776. Disponível em: <https://www.loc.gov/resource/bds-dcc.02101/?st=gallery>. Acesso em: 23 mar. 2019.

4 Trecho da Constituição do Estado de Ohio, Estados Unidos das Américas, 1802. (Tradução livre do inglês). Disponível em: https://ballotpedia.org/Article_I,_Ohio_

A Constituição do Reino do Butão⁵ (país budista entre a Índia e a China) adota, em seu nono artigo, o chamado INFB – Índice Nacional de Felicidade Bruta –, através do qual mensura o nível de bem-estar de seus habitantes, utilizando indicadores que envolvem cultura, educação, ecologia e qualidade de governo, dentre outros, para medir o contentamento de forma objetiva. A satisfação do indivíduo coma prestação dos direitos sociais (como educação, saúde e cultura) é analisada e o resultado de uma baixa satisfação do cidadão gera ação do Parlamento, que deve, nessa hipótese, propor mudanças.

No Brasil, o direito à busca da felicidade não figura no rol de direitos fundamentais ou sociais. O texto constitucional como já mencionado, em nenhum momento dos seus 250 artigos faz expressa alusão a palavra felicidade. No entanto, é equivocado dizer que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não se preocupa com tal questão, muito pelo contrário, ela consagra como um dos mais importantes princípios, o da dignidade da pessoa humana, já trazendo, por conseguinte e alinhado a esse destaque, em seus primeiros artigos um grande rol de direitos individuais e sociais⁶.

Ainda assim existem projetos de emendas à Constituição, que almejam positivar a busca pela felicidade no texto magno, não como um direito individual que se alinharia diretamente com a tradição jurídico-constitucional americana (na qual o direito à busca da felicidade – *right to the pursuit of happiness* – tem raízes liberais no pensamento de John Locke sobre a proteção do indivíduo contra a atuação do Estado), mas como um direito que precisa ser garantido a todos, sendo, portanto, coletivo e

Constitution . Acesso em: 23 mar. 2019.

- 5 Constituição do Reino do Butão. Disponível em <http://www.bhutan.gov.bt/>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- 6 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 23 de março de 2019.

atrelado aos direitos sociais.

A principal Proposta de Emenda à Constituição do Senado nesse sentido data de 2010, e está inscrita sob o número 19, a qual objetivava inserir a felicidade no texto constitucional para e forçar o acesso aos direitos básicos dos cidadãos. Todavia a PEC foi arquivada no fim de 2014. O artigo sexto, com a aprovação da Emenda, teria a seguinte redação:

Art. 6º São direitos sociais, **essenciais à busca da felicidade**, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifo nosso) (PEC 19, 2010).

A intenção da proposta parecia contar com o Estado intervencionista, que, com fins à justiça social, deveria promover condições essenciais para a busca da felicidade, paradigma condutor das políticas públicas. Mas, infelizmente, a felicidade não está necessariamente aliada a condições materiais específicas.

4 - O PARADOXO DA FELICIDADE PARA ALÉM DA NECESSIDADE DE POLÍTICA PÚBLICA

É evidente que a garantia de saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social produz um cenário que tende a conduzir para uma situação aprazível de vida, mas a grande contribuição da busca pela felicidade está ligada a efetivação dos direitos humanos em dimensão ainda maior: uma determinada pessoa pode ser saudável, estar alimentada, ter onde morar e, ainda assim, não ser feliz. Seja pela discriminação de sua orientação sexual, seja pela ridicularização de suas crenças ou, ainda, por seu estilo de vida ser rejeitado no grupo onde vive.

Mais que isso, um indivíduo pode não ser feliz simplesmente por condições alheias a sua vontade, sem razões aparentes, por motivos de ordem biológica, por exemplo. Dessas questões, apesar da existência da teoria da interligação dos saberes⁷, as áreas que se ocupa melhor são a

7 Interligação dos saberes é um dos conceitos que fundamenta a crítica ao ensino fragmentado. Tem como seu principal estudioso Edgar Morin, pensador francês, pai da Teoria da Complexidade, para quem o ser humano é reducionista por natu-

psiquiatria e a psicologia.

Infelizmente, o Estado não tem condições de garantir felicidade, apenas efetivar os direitos sociais.

É inegável que a concretização dos direitos sociais traz bem-estar, mas, além disso, o direito não pode atrapalhar as pessoas em suas buscas pacíficas pela felicidade. Isto é, a questão da busca pela felicidade perpassa a questão prestacional e vai muito além. Ilustra-se com um exemplo curioso: é sabido que existem abrigos públicos (e engajados a projetos sociais diversos) onde se fornece cama, comida e banho aos moradores de ruas de grandes cidades.

Na cidade de Porto Alegre, há notícias vinculadas mais ao senso comum entre assistentes sociais da região de que sobram vagas nos tais abrigos e, dentre as diversas razões, há uma muito interessante, sob o prisma da busca pela felicidade: existe uma significativa porcentagem de moradores de rua que alegam deixar os abrigos pela proibição de se ter cachorro dentro do local. Essa situação mostra um paradoxo no qual a felicidade é justamente o abrir mão de direitos sociais essenciais, para poder desfrutar uma relação afetiva com um animal de estimação. Vislumbra-se com esse dado o alcance da questão e o quanto ela transcende os direitos sociais.

Nas palavras do professor Miguel Reale Junior:

Assim, os direitos sociais são condições para o bem-estar, mas nada têm a ver com a busca da felicidade. Sua realização pode impedir de ser feliz, mas não constitui de forma alguma, dado essencial para ser feliz (REALE JÚNIOR, 2011).

Parece, por outro lado, improvável que, sem o cumprimento das necessidades básicas para o bem-estar físico e mental, o ser humano possa experimentar o tal estado de felicidade. A questão encontra terreno pacífico e unânime no campo do direito coletivo: todos concordam que a melhoria das **políticas públicas** e a promoção da igualdade social propiciarão condições melhores para a busca da felicidade.

Segundo Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Thais Campos Olea, subsequentemente, cabe elucidar também o significado aqui utilizado de política pública (SPAREMBERGER; OLEA, 2018, p. 28). Nas palavras de Höfling, citado por Sparemberger e Olea, elas são “o Estado implan-

reza e, por isso, é preciso esforçar-se para compreender a complexidade e combater a simplificação para entender melhor o mundo. Morin defende a interligação de todas as áreas do conhecimento, combate o reducionismo instalado em nossa sociedade e valoriza o complexo (MORIN, 2003, p. 38).

tando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade” (HÖFLING, 2001, p. 31, *apud* SPAREMBERGER; OLEA, 2018, p. 28), ou seja, são o “Estado em ação”.

Já na abordagem de Nelly P. Stromquist, trata-se de um conceito vago e que vem sendo submetido a muitos equívocos, referindo-se em princípio “[...] a declarações oficiais de intenção de agir sobre determinados problemas” (STROMQUIST, 1996, p. 27), mas que na prática podem assumir múltiplas formas, quais sejam: de legislação, de recomendações oficiais em relatórios de organismos e departamentos governamentais, de resultados apurados por comissões apontadas pelos governos, dentre outros.

Toma-se tal conceito, nesse sentido, como um conjunto de decisões e ações relacionados a temas socialmente problematizados cuja intenção é, em suma, de solucionar problemas identificados. Soluções essas que devem contar com um mínimo de apoio da sociedade e que a definição do problema evolui através de sucessivas ondas de tomadas de decisão (SPAREMBERGER; OLEA, 2018, p. 28).

Evidentemente, o poder de pressão e de articulação dos grupos sociais para a reivindicação por políticas públicas é fator fundamental nesse processo de tomada de decisões por parte do Estado. Contudo, desvios da intenção e dos objetivos originais marcaram, ao longo do tempo, a execução de diversas políticas públicas, entre as quais, as políticas públicas de gênero. Nesse sentido, Stromquist diz “[...] enquanto elas continuarem a ser um território disputado por forças em oposição, pode-se prever, ocasionalmente, vitória das partes mais fortes” (STROMQUIST, 1996, p. 28).

Assim, a preocupação jurídica quanto à felicidade parece ter maiores e mais profundos debates nas controvérsias e nos conflitos ligados a autonomia privada da liberdade, motivo pelo qual o desenvolvimento e a reflexão do tema ocorrem com maior riqueza quando estão em pauta questões relacionadas ao afeto, a cultura, a evolução do modelo de família na sociedade, a bioética e a liberdade religiosa e sexual, por exemplo.

5 - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO DIREITO À FELICIDADE

O Supremo Tribunal Federal utilizou, diversas vezes, a busca pela felicidade para fundamentar importantes decisões em terrenos conturbados. Percebe-se a grande importância desse princípio constitucional implícito, por exemplo, no reconhecimento da união homoafetiva pela Corte Constitucional:

[...] **tenho por fundamental**, *ainda*, **na resolução** do presente litígio, **o reconhecimento** de que assiste, *a todos*, **sem** qualquer exclusão, *o direito à busca da felicidade*, **verdadeiro** postulado constitucional implícito, **que se qualifica** como expressão *de uma ideia-força* **que deriva** do princípio *da essencial dignidade* da pessoa humana (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Ainda em interessante precedente relacionado ao direito à saúde, quando o Supremo julgou improcedente a ADI 3510 e declarou constitucional a Lei 11.105/05, legitimando as pesquisas de finalidade terapêutica, com células-tronco embrionárias, a felicidade fundamentou o voto do Ministro Celso de Mello:

[...]A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião “*in vitro*”, porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “*in vitro*”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos **direitos à felicidade** e do viver com dignidade. (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Percebe-se que são tímidas, mas crescentes as alusões do nosso Tribunal Constitucional ao direito à busca pela felicidade. Nota-se, ainda, que são sempre julgamentos emblemáticos que ensejam a sua alusão, quase sempre para justificar proteções à vida, mas não a qualquer vida: A uma vida digna e, sobretudo, feliz.

Ante todo exposto, nota-se que o Supremo Tribunal Federal tem buscado amparo no direito à busca pela felicidade para julgar de maneira

inclusiva. E para promover, assim, democracia material com a remoção dos obstáculos à igualdade, à liberdade e à dignidade.

6 - DIREITO E FELICIDADE: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Oportuno refletir, assim, não apenas sobre o panorama da omissão constitucional expressa (pois a felicidade é, por óbvio, materialmente constitucional, diante da carta maior brasileira que parece afinada com a ideia de busca pela felicidade), mas sobre a relação entre direito e felicidade ao longo da história.

É notório que, por muito tempo, o Direito serviu para legitimar a opressão das classes “dominantes” (o rei, o clero) aos seus “dominados” (o povo em sua grande maioria). Assim, enquanto o Direito e a religião caminhavam juntos, a felicidade não era uma preocupação jurídica, já que, como é de conhecimento popular, a religião ocidental cristã sempre acreditou que a felicidade não poderia ser alcançada na vida terrena.

O fato de se voltar a refletir sobre a felicidade, ainda em vida, não era, portanto, comum para a época, já que o consenso era de que a felicidade não deveria ser alcançada na realidade mundana, pois o sofrimento aproximaria o cristão de Jesus que tanto sofreu e isso dignificaria o homem. Assim, a Terra não poderia ser palco da real felicidade, pois ela não seria possível em vida.

Já nos séculos XVII e XVIII, a questão da felicidade não foi mais abordada como um valor tutelado pelos deuses que só seria desfrutado em outro mundo, ela se emancipou e passou a ser aspiração humana legítima para esta vida. Mas, quando ao Estado foi limitada a tutela em prol de garantias, segurança e propriedade aos indivíduos, a felicidade parecia estar relacionada à liberdade e a estes limites normativos ao poder do Estado em prol do exercício da cidadania.

Na chamada era iluminista, percebe-se, portanto, consideráveis avanços na preocupação com a felicidade, pelo simples entender do homem como centro do Universo. É compreensível que com o advento da democracia social, o Estado e, conseqüentemente, o Direito, passem a ter como objetivo o bem comum e a felicidade esteja atrelada a tarefa de proporcionar prestações necessárias para o desenvolvimento da personalidade humana.

O Estado social está preocupado com a realização da justiça social e a felicidade parece ser conquista desse papel ativo estatal de criar e fornecer prestações materiais. Isso justifica a proposta de Cristovam Buarque (PEC 19/2010) de encaixe da busca pela felicidade, no artigo 6º da Cons-

tuição Federal brasileira. Entretanto, reitera-se, que a relação entre o homem e a felicidade é bem mais complexa que o alcance da justiça social.

Para os que entendem que se trata de direito fundamental, a busca pela felicidade, inclusive, desafia a teoria geracional (que apesar de prestar serviço à didática, peca por fragmentar e dicotomizar os direitos), pois se enquadra em quase todas as suas famosas dimensões: é um direito de primeira dimensão, eis que está intimamente ligado aos direitos civis e à liberdade; é, também, um direito de segunda dimensão, pois amplamente relacionado às necessidades coletivas e sociais; figura bem, ainda, como direito de terceira dimensão, ao possuir a sofisticação necessária para se relacionar com a paz e (muito) com a qualidade de vida saudável; e, por fim, diante da sua intrínseca correlação com a pluralidade, na perspectiva de sua conceituação, parece ser um típico direito de quarta dimensão.

Há quem sustente, como é o caso do jurista Luís Roberto Barroso, citado por (MAGRO; BASILE, 2012), que a busca pela felicidade não é um direito fundamental, mas um valor interpretativo, que possibilita ao juiz escolher a alternativa que promova mais felicidade no caso concreto e, como já demonstrado anteriormente, trata-se de um princípio implícito para o Supremo Tribunal Federal.

De qualquer sorte, a relação da felicidade com o Direito é relativamente nova, e vem da necessidade de constante atualização das normas e do pensamento jurídico para acompanhar os anseios de uma sociedade que nunca mudou tanto em tão pouco tempo, como é a sociedade atual.

O Estado hoje é laico. Mas, todos os séculos nos quais ele assim não o foi, deixaram uma carga, que talvez tenha sido a responsável pela omissão, não só constitucional, mas educacional, moral e social, quanto à preocupação com a felicidade humana, na sociedade contemporânea.

É evidente que a sociedade e o Direito ainda possuem a herança judaico-cristã que, agregada a alguns outros fatores, afastou a preocupação com a felicidade das áreas do conhecimento humano. E a história mostra, ainda, que a felicidade pode ameaçar o poder (muitas vezes imposto e legitimado na infelicidade), podendo ainda ameaçar a organização social, que destaca mais o ter do que o ser.

Por outro lado, a felicidade encontra terreno fértil em tempos de constitucionalização do Direito, e, a preocupação com ela se faz necessária em um Estado que é palco, como nos dias de hoje, de um Direito de Família, cujo núcleo é o afeto, de um Direito Civil, cuja propriedade precisa ter função social, de um Direito Penal, cuja prisão preventiva não pode mais se fundamentar apenas na ordem pública, de um ordenamen-

to jurídico que, em suma, comporta regras que precisam ser instrumentos da Constituição para serem legítimas e válidas.

Mas, ainda assim, a maioria das escolas brasileiras não ensinam seus alunos a serem felizes. Apesar de construírem ferramentas para isso e terem o condão de fazê-lo, não parecem estar preocupadas em relação a felicidade como um fim.

Num estudo, quanto ao impacto do dinheiro sobre a sensação de felicidade, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman citando que Richard Layard recolheu evidências de que o impacto só ocorre até o patamar que coincide com a satisfação das necessidades básicas de sobrevivência, essenciais ou naturais (BAUMAN, 2008, p. 62).

Isto é algo curioso, pois mesmo na sociedade contemporânea altamente consumista, não há variações significativas que associem o nível de felicidade a maiores ou menores salários. Maiores rendimentos não significam, portanto, mais felicidade. Nesse sentido Bauman explica que “[...] o consumo não é um sinônimo de felicidade nem uma atividade que sempre provoque sua chegada” (BAUMAN, 2008, p. 62).

Sobre a relação do consumo com a felicidade não serão tecidas maiores reflexões em função da óbvia complexidade dos desdobramentos do tema incompatível com esse espaço, todavia deixa-se a janela aberta em provocação ao intenso apelo, principalmente do marketing e da propaganda, que insistem em associar ilusoriamente o consumo aflito e desnecessário ao bem-estar.

O direito, em síntese, reflete um panorama geral da sociedade, cujas ciências avançam aos poucos, ainda a passos tímidos, para incluir a preocupação com a felicidade na vida das pessoas e no inconsciente coletivo, essa é uma questão para além do mínimo existencial, é uma questão que necessita de políticas públicas para o bem viver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se, ante todo exposto, a necessidade de alteração constitucional que vá além do artigo sexto, de um compromisso nacional e internacional, não só do Estado, mas de cada cidadão (ao entender a busca pela felicidade como um direito fundamental ou como vetor de condução do direito, surgindo assim a necessidade da observância de sua

eficácia horizontal)⁸para promover a felicidade, reunindo esforços para tentar entender, potencializar, divulgar, testar e refletir sobre a aplicação de fórmulas e pesquisas como as supracitadas.

As possibilidades jurídicas, assim, no que tange à felicidade, não podem se encerrar na preocupação em proporcionar um sentimento de felicidade decorrente da efetividade dos direitos sociais, mas permitir a movimentação dos seres humanos no sentido daquilo que os farão felizes e incentivar a sociedade, nas mais diversas áreas, a construir um novo paradigma que conscientize os seres humanos do direito de serem felizes e lhes forneçam ideias e possibilidades para concretizar esse estado. A felicidade deve funcionar como preocupação e fundamento do Direito, direcionando a educação, a saúde e as políticas públicas.

Pondera-se, no entanto, para sua melhor aplicação, o mesmo que se pondera para a dignidade da pessoa humana: o sistema deve resgatar aquilo que é realmente o conteúdo de cada direito fundamental e evitar o recurso da felicidade quando ela não estiver em causa, porquanto a busca pela felicidade não pode servir para legitimar qualquer coisa, sob pena de banalização de sua importância.

Assim como o reconhecimento do direito à vida foi uma construção, independentemente do instinto de sobrevivência, o reconhecimento do direito à felicidade, ainda que pareça óbvia sua aspiração, precisa ser construído, desde a consciência de sua titularidade universal até as suas dimensões objetivas – proteção e promoção da felicidade – e subjetivas – prestação estatal (nesse ponto, pode-se entender a eficácia dos direitos sociais como a dimensão subjetiva do direito a felicidade).

Portanto, acima de qualquer classificação, a busca pela felicidade é, inevitavelmente, valor do Estado Constitucional e merece ser desenvolvida em todos os seus aspectos, para fomentar a humanização da sociedade e do Direito. Sua expressa alusão no texto do artigo sexto da Carta Maior de 1988, apesar de não parecer tecnicamente a melhor topografia, poderia ajudar na conscientização sobre o direito de ser feliz e ensejar uma reflexão jurídica cada vez mais intensa e transformadora, funcionando como um tijolinho, que, ainda mal colocado, pode servir de base para essa importante construção.

8 A “Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais” discorre sobre a aplicabilidade desses direitos (fundamentais) como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação vertical entre Estado e indivíduo, como uma forma de proteção das liberdades individuais de impedir interferência estatal na vida privada. Do outro lado, encontra-se a chamada “Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”. Aqui os destinatários dos preceitos constitucionais são os particulares (pessoas físicas ou jurídicas) (SARLET, 2000, p. 155).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. A interpretação moral da Constituição e o princípio da dignidade da pessoa humana: de volta ao realismo jusnaturalista?. In: **Ensaios sobre impactos na Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: Barroso, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. PEC 19/2010. **PEC da Felicidade**. Relator Senador Cristovam Buarque. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. **Recurso Extraordinário**: RE477.554-MG. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: STF, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Voto do Ministro Celso de Mello. **ADI 3510**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 23 mar. 2019.

CORRÊA, Marcos José Gomes. Direitos Humanos: concepção e fundamento. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coord.). **Direitos Humanos: fundamentos, proteção e implementação, perspectivas e desafios contemporâneos**. V. 2. Curitiba: Juruá, 2007.

DRIVER, Stéphanie Schwartz. A Declaração de Independência dos Estados Unidos. Trad. Mariluce Pessoa, São Paulo: Jorge Zahar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCO FILHO, Odilon de Melo. A civilização do mal-estar pela não-felicidade. **Revista brasileira de psicanálise**. V. 43, 2009.

GOMES, Fábio de Barros Correia. Embates sobre a saúde na Constituinte e 20 anos depois. In: ARAÚJO, José C. de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (org.). **Ensaio sobre impactos na Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. Direito à felicidade. **Estadão**. Publicado em 05 fev. 2011. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,direito-a-felicidade-imp-,675592>. Acesso em: 23 mar. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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.

MAGRO, Maira; BASILE, Juliano. Direito à felicidade. **Os constitucionalistas**. 2012. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-a-felicidade>. Acesso em: 23 mar. 2019.

MARTINEZ, Vinício C. **Estado democrático de direito social**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4613>. Acesso em: 16 set. 2009.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessário a educação do futuro**. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8.ed. São Paulo. Cortez. Brasília: UNESCO, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. As espécies de controle da Administração Pública e o controle social. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre: CEDIM, n. 21, 2007.

PACHECO, Júlio César de Carvalho. **Os Direitos Sociais e o desenvolvimento emancipatório**: globalização. Crise do estado-nação. Flexibilização. Mandado de Injunção. Proibição do retrocesso social e outros temas jurídicos. Passo Fundo: IMED, 2009.

PESSANHA, Érica. **A Eficácia dos direitos sociais prestacionais**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Erica.pdf>. Acesso em: 11 set. 2009.

PILAU, Newton César. **Teoria constitucional moderno-contemporânea e a posituação dos direitos humanos nas constituições brasileiras**. Passo Fundo: UPF, 2003.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. I e II

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, n. 04, 1999.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Dinâmica constitucional e aprimoramento da democracia”. In: ARAÚJO, José C. de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (org.). **Ensaio sobre impactos na Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

SALES, Ana Paula Correa de. **A efetividade das normas constitucionais de direito fundamental no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto983.rtf>. Acesso em: 16 set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, nº 12, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.), **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHOPENHAUER, Arthur. **El Amor, las mujeres y la muerte**. Tradução A. López White. Buenos Aires: Malinca Pocket, 1964.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; OLEA, Thais Campos. Cotas eleitorais de gênero e espaços de decisão: em busca de uma eficiente política pública de inclusão para a promoção de uma democracia real. In: **Políticas públicas: planejamento e sustentabilidade**. SILVA, Cristiana Fortini Pinto e; DIZ, Jamile Bergamas-

chine Mata; OLIVEIRA, Márcio Luís de. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

STROMQUIST, Nelly P. Políticas públicas de Estado e equidade de gênero. Perspectivas comparativas. Tradução de Vera M.D. Renoldi. **Revista Brasileira de Educação**, n. 1, p. 27-49, jan./abr. 1996.

TEIXEIRA, Luciana da Silva. Desafios para a Saúde 20 anos após a promulgação da Constituição Federal”. In: ARAÚJO, José C. de; PEREIRA JÚNIOR, José de Sena; PEREIRA, Lúcio Soares; RODRIGUES, Ricardo José Pereira (org.). **Ensaio sobre Impactos na Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. V. III

RELATÓRIO DO PAINEL DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT¹

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ERA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

RAÚL YVÁN LOZANO PERALTA (PERU)

A conferência buscará abordar o tema dos direitos fundamentais em tempos de neoconstitucionalismo.

Ressalta que o neoconstitucionalismo surge como uma espécie de aspiração política, um modelo que busca realizar segurança jurídica e justificar a existência do Estado em termos jurídicos, após o contexto da segunda guerra mundial.

Significou também uma revolução no pensamento jurídico, político e sociológico tanto na perspectiva da supremacia da constituição em um estado democrático, que encontra como marco a Constituição dos Estados Unidos de 1787. Ainda sob a égide do modelo do Estado de Direito em seu sentido clássico do sec. XXVII e XXVIII, desta o papel do Estado como guardião do cumprimento da lei, também denominado como estado legal de direito e garantidor do livre mercado, baseando-se claramente na legalidade como forma de limitação de poderes e garantias de direitos públicos subjetivos, que deveriam também ser concretizados em nível legislativo.

A sociedade nesse modelo de Estado deve ter duas garantias funda-

1 Estágio Pós Doutoral pela PUC Paraná (2019). DOUTORA em DIREITO (2012). MESTRE em Direito (2009). ESPECIALISTA em Direito Público (2007). Atualmente é professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculada ao PPGD em Direito-Mestrado e Doutorado-UNISC, onde ministra as disciplinas Teoria do Direito (mestrado) e Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas (doutorado). Professora da graduação e pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Processo Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Teoria do Direito. Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público, vinculado ao Cnpq. Integrante do Grupo de pesquisa Núcleo de pesquisa de desenvolvimento humano da PUC/PR. Advogada.

mentais positivadas na Declaração Universal dos direitos do Homem de do Cidadão de 1789, como resultado da Revolução Francesa; uma a proteção dos direitos humanos, e a segunda a da separação de poderes, devendo assim cumprir e respeitar as exigências democráticas e liberdades fundamentais.

Refere-se que Estado e Direito são duas faces da mesma moeda. Alerta dos riscos de se vincular o Direito apenas com a questão legal, pois não se pode desconectar das exigências democráticas e liberdades fundamentais, valores éticos e morais, do contrário, o que se viveu a exemplo dos regimes nazista e fascista, por exemplo, poderíamos chamar de Estado de Direito.

O Estado Constitucional que é a manifestação do neoconstitucionalismo e surge em quatro Estados fundamentalmente: na Itália com a constituição de 1947, na Alemanha com a Constituição de 1949, em Portugal com a Constituição de 1976, e na Espanha com a Constituição de 1978. Para destacar as diferenças entre o Estado Legal de Direito e o neoconstitucionalismo podemos dizer que há uma tripla mudança: I- a natureza da estrutura dos princípios como algo moral e ético; II- respeito para com a democracia e os princípios que a consagra; III- na jurisdição temos ainda que ter uma hermenêutica adequada interpretação dos princípios.

Ao expor distintas classificações de neoconstitucionalismo destaca que podem ser observadas pela perspectiva ideológico, que se trata em segundo plano de limitação de poder, enquanto em um primeiro plano a estaria a concretização dos direitos humanos; a metodológica, que observa os princípios constitucionais como uma ponte da relação direito/ moral; teórico como modelo axiológico da normatividade, critério fundamental para interpretação das normas.

Encaminhando-se para as conclusões, ressalta ser fundamental compreender que em sua grande maioria são os princípios que contém a Constituição, implicam nas seguintes leituras do neoconstitucionalismo, resumidamente: I- A constituição como norma suprema e critério de validade e controle para as demais normas; II- na convivência entre jusnaturalismo e juspositivismo tendo como fim supremo os valores humanos e as garantias de dignidade humana, III- direitos fundamentais deixam de ser normas programáticas mais sim exigíveis e aplicáveis, IV- direitos fundamentais concebidos acima das autoridades do estado as quais estão sujeitas e vinculadas a eles, V- uma hermenêutica constitucional e seus novos métodos adequados ao reconhecimento das regras e princípios, VI- e que a atividade estatal deve fundamentar racionalmente suas decisões.

OS TRIBUNAIS COMO GARANTIDORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMO ATORES NA ESFERA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL (BRASIL)

O questionamento apresentado na conferência é será se a Corte Interamericana pode ser uma indutora de políticas públicas? Em caso afirmativo, discutir se tais induções se darão apenas pelas sentenças condenatórias da Corte ou a indução se dará de uma forma mais ampla, no caso brasileiro

Para compreender um pouco melhor o funcionamento da Corte, haja vista que a figura do controle de convencionalidade não é tema tão explorado no Brasil, é preciso lembrar que sua criação se deu ano de 1969, e que basicamente divide sua competência em consultiva e contenciosa, sendo que, no caso brasileiro a competência jurisdicional foi reconhecida apenas em dezembro do ano de 1998, através do Decreto 4463/2002.

Interessante observar que quando se fala em competência da Corte não está apenas se falando da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mas ela amplia de certa forma a abrangência de sua atuação naquilo que se pode chamar de *corpus iuris* interamericano, ou seja, aquilo que se denomina de bloco de constitucionalidade, incluindo protocolos e outros tratados que estejam conectados e relacionados com a Convenção. Além da legislação, abarca também as sentenças e os conteúdos de seus pareceres consultivos. Teremos uma concepção bastante ampliada do que seja o parâmetro do controle de convencionalidade.

Em termos de sentença existe uma construção interessante. O que denomina-se efeito direto faz de coisa julgada com efeitos *inter partes* a partir da parte dispositiva da sentença e está adstrita ao caso sob *judice*; enquanto que o efeito indireto resulta da jurisprudência da própria Corte que denominamos como ‘coisa interpretada’, ou seja, aquela em que o fundamento de suas decisões possuem eficácia erga omnes, e independente de ter sido parte da demanda, todo e qualquer estado passa a sofrer os influxos da solução construída a partir de um determinado caso.

É possível, portanto, reconhecer que há influência de forma direta e indireta dos casos de competência da Corte através de suas decisões, podendo-se também estabelecer uma relação com os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais, como um fenômenos de convencionalização de direitos, pois vinculam e afetam os estados vinculados a Corte refletindo-se no âmbito da atuação dos poderes do Estado.

Essa convencionalização opera em dois níveis, sendo o primeiro

o nível da própria legislação, conforme prevê o art. 2º da Convenção Interamericana, e que exige a adequação interna dos Estados com as normativas/decisões da Corte. E outra relacionada a atuação dos Tribunais que devem interpretar de acordo com a própria jurisprudência da Corte, como guardião e protetora sistema interamericano.

A vinculação dos Estados relativa aos fundamentos da decisão permite estabelecer uma relação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que não se dá exclusivamente no cumprimento da sentença, mas para um dever de agir para o exercício e fruição dos direitos conforme entendimento da Corte, uma noção de deveres estatais, diretrizes para a vida comum em sociedade e fins a ser perseguidos por todos os poderes do estado como molas propulsoras para serem implementados pela via das políticas públicas dos Estados.

Existe, portanto, uma forma de atuação na seara das políticas públicas, a partir das sentenças, como observamos no caso brasileiro conhecido como Ximenes Lopes, que a partir da sentença realizaram-se mudanças nas práticas e formação dos próprios profissionais de saúde, voltadas para o tratamento de deficientes mentais.

Dentre as modalidades de decisão, quando se fala de atuação direta da Corte, tem-se as sentenças reparatórias, como a decisão de reparação as vítimas; as de restituição, voltadas a restabelecer o *status quo ante*; e as de garantia de não repetição, com intuito de estabelecer uma cultura de direitos humanos, além da perspectiva da vítima, mas também voltada para a sociedade, tais como cursos de formação de direitos humanos, criação de comissões da verdade, de museus, entre outros.

Sendo assim, é importante destacar o crescimento da atuação da Corte no sentido e evitar a repetição das violações aos direitos humanos. É possível afirmar que direta e indiretamente a Corte atua como indutora de políticas públicas.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARA A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA OVER HUMBERTO SERRANO SUÁREZ (COLÔMBIA)

A conferência busca tratar da situação dos deslocamentos forçados do povo colombiano.

Iniciou-se a abordagem tratando dos conflitos armados na Colômbia, mascarados por conflitos internos entre o partido liberal e o

partido social, além do embate sobre a terra em um contexto que surgiram as forças armadas revolucionárias da Colômbia, com o objetivo de buscar o direito a terra.

O Estado entra em conflito para manter suas forças e nesse contexto surge também as forças paramilitares. Paralelamente a guerra estabelecida pela posse de terras, o tema do petróleo, minas e o controle de bens naturais para que as multinacionais não levem a riqueza do país também passa a ser destaque entre as razões de conflitos internos.

O confronto entre esses diferentes grupos leva ao tema dos deslocamentos forçados, pois são retirados de seu território para encontrar espaço de confrontos. Ressalta-se a importância de buscar a solução para o tema dos conflitos internos através dos tratados de paz, que basicamente tem como dos objetivos básicos: 1- buscar políticas públicas para reivindicação das terras; 2- participação dos revolucionários na vida democrática.

No ano de 1996 um plebiscito realizado na Colômbia, o povo manifestou-se contrariamente e disse não ao tratado de paz para a participação democrática de grupos guerrilheiros. Visando-se manter as regras estabelecidas nos acordos de paz já firmados até então, submete-se de forma preventiva esses acordos a Corte a fim de garantir por três mandatos presidenciais se mantenha o que foi acordado.

No ano de 1997, cria-se por lei uma política pública para tratar da situação dos deslocamentos forçados, com fundamento na necessidade de uma atenção de caráter humanitário. Atendendo ao bloco de constitucionalidade foi submetido a Corte para que se pronunciasse na sentença n. 25/2004, chegando a configuração do que ficou denominado de estado de coisas inconstitucional, devendo o governo resolver a questão humanitária e apresentar políticas públicas, tais como tratamentos de saúde, alimentação, higiene e outros visando restabelecer um Estado Social de Direito.

Com o tratado de paz que ser firma em 2016, resta claro que o tema da guerrilha não é o único fator de deslocamento forçado, mas também o tema exploração ilegal de minérios, da corrupção e crime organizado. A Colômbia segue na luta para garantir o Estado de bem estar social a todos que se encontram nessa situação de indignidade social.

ATIVISMO JUDICIAL E PAPEL SOCIAL DO JUIZ: O JUDICIÁRIO BRASILEIRO
ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO
ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO (BRASIL)

A partir de um breve relato histórico retomou o estabelecimento do Estado Liberal como forma de superação do Estado Absolutista através do Estado de Direito, fundado na perspectiva da separação de poderes rígida como forma de limitar o poder estatal, através check and balance e da mútua fiscalização de poderes. Destacou-se que nessa época o papel do juiz era o de 'juiz boca da lei', na tarefa de revelar o que a norma já continha, ou seja, um sentido que já estava na norma. Não havia espaço para a criatividade judicial

Esclareceu que na contemporaneidade, a clássica separação de poderes era vista como uma separação de funções e de especialização estatal, vinculada a eficácia dos direitos fundamentais. Também ressalta que a complexidade das relações jurídicas passa a exigir que a criatividade faça parte do papel do juiz na sua tarefa de atribuição de sentido, superando o modelo do juiz do Estado liberal, especialmente quanto ao mito da neutralidade do juiz, a fim de criar o sentido.

Essa criatividade se mostra um problema quando o juiz começa a fazer parte da política judiciária, deixando de observar os limites impostos pela Constituição, um pouco da realidade que o Supremo Tribunal estaria hoje vivenciando.

Explica que para o procedimentalismo habermasiano, o parlamento é o grande espaço da democracia em termos estruturais, cabendo ao judiciário aplicar a norma construída democraticamente, caracterizando uma atuação comedida do judiciário. Já na perspectiva dos substancialistas, o papel do juiz é mais ativo, que segundo ele, parece o mais adequado aos países de modernidade tardia, haja vista a falta de qualidade do parlamento, como o caso brasileiro.

No Brasil, está se vivenciando um verdadeiro ativismo judicial, ou melhor, o Supremo Tribunal Federal vem fazendo populismo jurídico por dois motivos: 1- em face do universo político extremamente desgastado; 2- pelo próprio gosto do poder que tem demonstrado o STF em relação ao protagonismo que assumiu no caso brasileiro.

Ao analisar essa postura acaba tecendo algumas críticas à atuação proativa do STF, afinal é no campo político o local adequado para discutir

as questões sociais, devendo a função judicial em uma democracia deve ser comedida, afinal, se não existe soluções mágicas devemos respeitar o campo da atuação da política.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)