

Organizadores
Rosangela Tremel
Virgínia Lopes Rosa
Zacaria Alexandre Nassar

DOZE LIÇÕES DE FATO E DE DIREITO

Uma Coletânea da Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina





Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano do Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Diretor-Adjunto*

Conselho Editorial

Presidente

Luciano do Nascimento Silva

Conselho Científico

Alberto Soares Melo

Cidoval Moraes de Sousa

Hermes Magalhães Tavares

José Esteban Castro

José Etham de Lucena Barbosa

José Tavares de Sousa

Marcionila Fernandes

Olival Freire Jr

Roberto Mauro Cortez Motta



Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500
Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: eduepb@uepb.edu.br

Fundação UNISUL

Presidente: Sebastião Salésio Heerdt

Vice-Presidente: Valter Alves Schmitz

Universidade

Reitor: Mauri Luiz Heerdt

Vice-Reitor: Lester Marcantonio Camargo

Unisul De Fato e De Direito -

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina

Editor-Chefe

Rosângela Tremel

Conselho Editorial

Adolfo Mamoru Nishiyama

Alex Sandro Sommariva

Ana Márcia Marquez Targa

Baltazar de Andrade Guerra

Felipe Asensi

Gilberto Fachetti

José Calvo Gonzáles

Karla Leonora Dahse Nunes

Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira

Lester Marcantonio Camargo

Maurício Daniel Moncons Zanotelli

Miguel Gutiérrez Bengoechea

Rejane Johansson

Rennan Faria Kruger Thamay

Sidney Eloy Dalabrida

Tatyane Barbosa Phillipi

Virginia Lopes Rosa

Zacaria Alexandre Nassar

Rosangela Tremel
Virginia Lopes Rosa
Zacaria Alexandre Nassar
(Organizadores)

DOZE LIÇÕES DE FATO E DE DIREITO

Uma Coletânea da Revista Jurídica
da Universidade do Sul de Santa Catarina



Campina Grande - PB
2017

Copyright © EDUEPB

A reprodução não autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

A EDUEPB segue o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, em vigor no Brasil, desde 2009.

Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano do Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Diretor-Adjunto*

Design Gráfico

Erick Ferreira Cabral

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes

Leonardo Ramos Araujo

Comercialização e distribuição

Danielle Correia Gomes

Lays Ingrid Batista Belo

Divulgação

Zoraide Barbosa de Oliveira Pereira

Revisão Linguística

Antônio de Brito Freire

Elizete Amaral de Medeiros

Normalização Técnica

Antônio de Brito Freire

Jane Pompilo dos Santos

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

D755

Doze lições de fato e de direito: uma Coletânea da Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina [livro eletrônico]./ Rosângela Tremel, Virginia Lopes Rosa, Zacaria Alexandre Nassar (Organizadores). – Campina Grande: EDUEPB, 2017.

5200 Kb. 157 p.; il.

Modo de acesso: Word Wide Web <http://www.uepb.edu.br/ebooks/>

ISBN E-BOOK - 978-85-7879-430-9

1. Direito. 2. Interpretação constitucional. 3. Educação previdenciária. 4. Ensino superior. 5. Microempreendedor. 6. Violência nas escolas. I. TREMEL, Rosângela. II. ROSA, Virginia Lopes. III. NASSAR, Zacaria Alexandre. V. Título.

21. ed. CDD 340

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bodocongó - Bairro Universitário
Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br>
e-mail: eduepb@uepb.edu.br

Somar esforços, reduzir distâncias regionais, partilhar princípios, disponibilizar artigos, estimular pesquisas, disseminar pontos de vista, materializar sonhos. (...) A EDUEPB e a UNISUL, na parceria inaugural, disponibilizam saber, conhecimento, ciência e cultural, pelo acesso livre à leitura, na ideia do exercício de uma função social na construção de um modelo de civilidade.

***Rosangela Tremel
Virginia Lopes Rosa
Zacaria Alexandre Nassar
Luciano Nascimento Silva***

SUMÁRIO

- 9 APRESENTAÇÃO
- 13 OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL
Adolfo Mamoru Nishiyama
- 37 REFLEXÕES SOBRE A EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
NO ENSINO SUPERIOR
André Luiz Moro Bittencourt
- 59 A RENOVAÇÃO DO ENSINO DO DIREITO PELA
LITERATURA: WARAT, CRONÓPIOS, FAMAS E A
DEMOCRACIA
Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori
- 89 ORIGINALIDADE E CRIATIVIDADE
DA TRADUÇÃO AUTORAL
Ernesta Perri Ganzo Fernandez
- 113 UMA REFLEXÃO ACERCA DA LIBERDADE DE
ASSOCIAÇÃO: O CONTEÚDO E A FUNÇÃO DO
DIREITO
Flavia de Campos Pinheiro

- 139 A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA E O EQUÍVOCO DO LEGISLADOR AO DEFINIR MICROEMPREENDEDOR COMO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL
João Alberto da Costa Ganzo Fernandez
- 163 A CONTRIBUIÇÃO DA BANDA DE MÚSICA DA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA NA PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL
João Batista Réus
- 195 BULLYING E VIOLÊNCIA NAS ESCOLAS: EM BUSCA DA EDUCAÇÃO PELA PAZ
Robson Kjellin Nunes
Jonathan Cardoso Régis
- 213 OMC E O DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ANÁLISE DE CASOS
Ligia Maura Costa
- 237 O CONTROLE SOCIAL ANTIDROGAS POR DENTRO DA BARBÁRIE DO SISTEMA PENAL: UM RECORTE DA REALIDADE CATARINENSE
Marco Aurélio Souza da Silva
- 263 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: SUA IMPORTÂNCIA E NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ENTRENCHMENT PARA PROTEÇÃO DOS HIPOSSUFICIENTES
Rosângela Tremel
- 277 SISTEMA PACÍFICO DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS INTERNACIONAIS
Virgínia Lopes Rosa

APRESENTAÇÃO

Parceria EDUEPB & UNISUL

Somar esforços, reduzir distâncias regionais, partilhar princípios, disponibilizar artigos, estimular pesquisas, disseminar pontos de vista, materializar sonhos. Esta a essência da parceria que se consolida neste E-book, fruto da aproximação exitosa entre a UNISUL De Fato e De Direito - Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina e a EDUEPB - Editora da Universidade da Paraíba. A UNISUL e a EDUEPB, na parceria inaugural, disponibilizam saber, conhecimento, ciência e cultural, pelo acesso livre à leitura, na ideia do exercício de uma função social na construção de um modelo de civilidade.

E-book intitulado *Doze Lições De Fato e De Direito* - uma coletânea da Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, reúne uma dúzia de artigos publicados ao longo da existência do periódico em suas edições semestrais. A diversidade das letras jurídicas estampada pelos espaços do Direito no E-book *Doze Lições De Fato e De Direito* é a própria tradução da UNISUL e sua estrutura de Universidade Comunitária e da EDUEPB na condição de Editora Universitária com função social inequívoca. A união, parceria e cooperação que ora acontece e exige desenvolvimento, entre a UNISUL e a EDUEPB, somente pode receber o significado de contributo incontestado ao pensamento acadêmico e científico brasileiros.

A coletânea foi baseada em critério de ineditismo, ou seja, foi publicado primeiramente pela Revista Jurídica da UNISUL, considerando

ainda a utilização em sala de aula na instituição, visto que o maior objetivo sempre foi oferecer ao acadêmico de direito diferentes formas de olhar o mundo, seguido do interesse despertado pelas estatísticas que refletem quantidade de acessos na versão *on line* e a própria vontade do autor para participar. O ora E-book, que recebe o título de *Doze Lições De Fato e De Direito*, oferta ao leitor jurídico e curiosos sobre o Direito um espaço elástico das temáticas jurídicas e debates que acontecem em níveis de graduação e pós-graduação dos cursos de Direito.

A calorosa acolhida se refletiu na imediata manifestação dos autores.

Por tratar-se de uma Revista voltada para sustentabilidade jurídica e sistêmica, há uma ampla gama de assuntos abordados com vistas ao fortalecimento dos pilares que sustentam (a reincidência do radical do verbo sustentar é proposital) o Estado democrático de direito.

Ao deslizar o olhar pelas páginas eletrônicas, o leitor encontrará assuntos variados, que colocam sob a lupa, temas como: métodos de interpretação constitucional; a importância do direito previdenciário na grade curricular; a estreita ligação do estudo jurídico com a literatura; direitos autorais; direitos fundamentais manifestos em considerações sobre a liberdade individual e proteção aos hipossuficientes; a discussão sobre a correta definição que distingue os microempreendedores dos empresários individuais; a música como atividade ressocializadora; a necessidade de educar para a paz como forma de banir o *bullying* das escolas ou a busca de soluções pacíficas para conflitos internacionais ou ainda a habilidade conciliadora da OMC voltada para uma nova faceta do direito internacional, o direito sustentável em análise de casos, sem deixar de pensar a questão das drogas sob a ótica da criminologia crítica.

Os autores vêm de diferentes Estados: Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo. Dentre eles, professores doutores de expressão internacional, egressos da Unisul que seguiram em educação continuada galgando expressiva titulação, doutorandos que buscam aperfeiçoamento constante, professores por vocação e dedicação, alguns cujo contato se deu através da própria Revista.

Missão cumprida. Ao clicarmos na capa, uma paisagem de Florianópolis, assinada por Tycho Brahe Fernandes, autor do autor-retrato-alheio.blogspot.com.br: Reflexos Açorianos de Sambaqui, uma volta às origens de colonização da cidade.

Nas páginas do E-book que seguem, temos 12 lições em diferentes formatos, chamando a todos para a leitura, escrita e a pesquisa formal.

A dedicação ao saber, ao conhecimento, à ciência e à cultura a todos une. De fato e de direito, a EDUEPB - Editora da Universidade Estadual da Paraíba, torna real o sonho da proximidade acadêmica em todos os quadrantes.

Rosangela Tremel
Virginia Lopes Rosa
Zacaria Alexandre Nassar
Luciano Nascimento Silva

OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL¹

Adolfo Mamoru Nishiyama²

Introdução

O presente trabalho analisa os diversos métodos de interpretação das normas em geral e da constituição. Inicialmente são analisadas as diferenças entre hermenêutica, interpretação, aplicação e construção do direito. A hermenêutica é analisada como a ciência que fornece a técnica para a interpretação; a interpretação como o ato de desvelar o significado da norma; a aplicação da norma como incidência no fato concreto nela subsumido e a concretização como as conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados.

Em seguida são analisados os vários métodos de interpretação das normas em geral. Esses métodos de interpretação são utilizados pela doutrina e jurisprudência. Serão estudados de forma sucinta os

1 Artigo adaptado da obra **Manual de teoria geral do direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

2 Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professor Universitário, Relator da XX Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP (2010/2012), Autor da Editora Atlas, Advogado em São Paulo.

métodos literal, gramatical ou filológico; sistemático; histórico, histórico evolutivo e sociológico; lógico; teleológico e o axiológico.

Os métodos de interpretação da constituição são estudados, demonstrando-se que há necessidade de interpretação diferenciada do texto constitucional. Verificaremos que os métodos tradicionais não são suficientes para conferir o significado da norma constitucional. Há métodos específicos para uma interpretação constitucional. Assim, abordaremos os seguintes métodos de interpretação constitucional: *jurídico* ou *hermenêutico-clássico*; o *tópico-problemático*; o *hermenêutico-concretizador*; o *científico-espiritual*; e o *normativo-estruturante*.

Nas considerações finais são analisadas as várias características do texto normativo contido na Constituição, o que reforça a necessidade de uma interpretação diferenciada e especial da lei maior.

Hermenêutica, interpretação, aplicação e construção

A doutrina procura diferenciar alguns conceitos voltados à interpretação³. Assim, hermenêutica, interpretação, aplicação e construção do direito são termos que possuem significações e finalidades próprias.

Na lição de Carlos Maximiliano, a hermenêutica jurídica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”⁴. Por outro lado, interpretar significa “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”⁵. O ato de interpretar necessariamente precede a aplicação⁶. A *aplicação do*

3 ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. Ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 102.

4 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 1.

5 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 9.

6 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 498.

direito consiste no enquadrar um caso concreto (mundo do “ser”) em um norma jurídica (mundo do “dever ser”) adequada⁷. Desta forma, a diferença entre *hermenêutica*, *interpretação* e *aplicação* pode ser sintetizada no seguinte: “Hermenêutica é a ciência que fornece a técnica para a interpretação; interpretação é o ato de apreensão da expressão jurídica, enquanto a aplicação da norma é fazê-la incidir no fato concreto nela subsumido”⁸.

Um quarto conceito importante na seara da interpretação do direito é o da *construção*. A lei, em especial a Constituição da República Federativa do Brasil, se utiliza de palavras e expressões vagas e princípios gerais, tais como, isonomia, função social, dignidade da pessoa humana, legalidade etc. Isto ocorre para que se possa atingir situações que não foram expressamente previstas ou protegidas pelo texto. Assim, “a interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados”⁹. Por exemplo, é ato de construção do direito o reconhecimento de que a Constituição da República protege os chamados hipervulneráveis, assim considerados, por exemplo, a criança, o adolescente, o jovem, o idoso e as pessoas com deficiência (art. 227 e § 1º, inciso II).

Já a palavra hermenêutica advém do verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido como *interpretar*, e do substantivo *hermeneia*, significando *interpretação*¹⁰. Estas duas palavras estão associadas com o deus Hermes, sacerdote do oráculo de Delfos, considerado o deus-mensageiro-alado que tinha a função de transmutação, ou seja, *transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que*

7 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 6.

8 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 113.

9 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 271.

10 PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 23.

*essa inteligência consiga compreender*¹¹. A hermenêutica foi muito utilizada na teologia cristã no estudo dos princípios gerais de interpretação bíblica¹² e, posteriormente, passou para a filosofia, a literatura e o direito. No direito, a hermenêutica consiste em verdadeira ciência da interpretação, conferindo-lhe a técnica e os meios necessários para desvendar o significado das normas jurídicas.

A necessidade de interpretar, segundo a doutrina, está ligada a três fatores principais¹³: O primeiro é sua indeterminação, ou seja, o fato do texto normativo conter vários sentidos. Essa indeterminação está ligada às propriedades da linguagem natural por meio da qual se expressou o legislador. Assim, a linguagem jurídica é necessariamente *ambígua* e *vaga*. O segundo está relacionado à natureza do próprio significado. Pode-se dizer que o significado de um texto normativo é aquilo que o autor quis expressar e que é possível desvelar. No entanto, o texto jurídico não possui um único autor, mas vários. Uma Constituição, por exemplo, é elaborada por um número significativo de pessoas, o que nem sempre é possível a determinação da intenção de cada um dos constituintes. Desta maneira, “descobrir a intenção de um constituinte pode ser um interessante exercício de psicologia histórica, mas não há nenhuma razão para valorizar essa intenção mais do que qualquer outra”¹⁴. O terceiro fator está relacionado com a evolução das concepções políticas e sociais. Por exemplo, o princípio da igualdade proclamado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa não tem o mesmo significado que tinha há dois séculos. Seria absurdo considerar que a vontade de homens mortos há tanto tempo ainda devessem prevalecer, porque o sentido de igualdade naquela época era diferente. Uma lei que privasse as mulheres de alguns direitos ou que reservasse o direito de voto aos mais ricos estaria conforme o princípio

11 PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 14.

12 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 270.

13 HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito constitucional**. 27. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 53-55.

14 HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito constitucional**. 27. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 54.

da igualdade. Na realidade, é preciso admitir que aquela declaração possui um sentido independente do que lhe atribuíram seus autores. Esse sentido é que se chama hoje de síntese da evolução política e social.

A interpretação é feita por seres humanos que entendem as normas jurídicas em função de “condicionantes políticos, morais, sócio-econômicos, psicológicos e psicossociais”¹⁵.

Destaque-se que até mesmo as chamadas leis interpretativas (*interpretação autêntica*¹⁶) necessitam ser interpretadas.

Além disso, quando a lei é clara diz-se que não há necessidade de interpretação (segundo o aforismo romano: *in claris non fit interpretatio*, ou, ainda, *in claris cessat interpretatio*). No entanto, a doutrina pondera que: “Afirmamos, algumas vezes, que a interpretação só se faz necessária quando o texto é obscuro e que, em contrapartida, ela é supérflua quando o texto é claro, o que expressamos pelo adágio latino *in claris cessat interpretatio*. Essa tese conduz, na verdade, a um paradoxo, pois para poder afirmar que o texto está claro e que não há lugar para interpretá-lo, é preciso saber qual é sua significação, ou seja, é preciso que ele tenha sido interpretado”¹⁷.

O processo de interpretação é o caminho que conduz o operador do direito à construção das normas jurídicas tendo como *ponto de partida* (dogmática jurídica) o direito positivo (o direito posto). A interpretação, como processo, segue determinado caminho. Há vários métodos de interpretação¹⁸, sejam voltados à Constituição, sejam voltados às

15 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 497.

16 A doutrina ensina que: “A interpretação varia em *função da fonte* de que provém. Autêntica, se dada pelo próprio legislador através da lei. É a *estabelecida por norma jurídica (lei, regulamento, decreto-lei, tratado etc.)*, tendo por objeto *norma anterior obscura*” (GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 231).

17 HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito constitucional**. 27. ed. Barueri: Manole, 2005. p. 52-53.

18 Segundo Paulo Dourado de Gusmão: “Para descobrir o sentido objetivo da lei, o intérprete procede por etapas, percorrendo o que se convencionou chamar de *fases, etapas, ou momentos da interpretação*” (GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 231).

demais normas jurídicas. São eles: o literal, gramatical ou filológico; o sistemático; o histórico, histórico evolutivo ou sociológico; o lógico; o teleológico; e axiológico.

Os métodos de interpretação das leis em geral

A seguir faremos um rápido estudo dos chamados métodos de interpretação do direito. Esses métodos são aplicáveis a quaisquer espécies normativas, sejam constitucionais, sejam infraconstitucionais.

Método literal, gramatical ou filológico

É o método mais pobre de interpretação, mas, ao mesmo tempo, todos os demais métodos de interpretação passam por ele. No caso, o intérprete toma como base a *literalidade* do texto normativo. Assim, procura retirar a significação da norma com a sua simples leitura. Na verdade, a interpretação gramatical “tem na análise léxica apenas um instrumento para mostrar e demonstrar o problema, não para resolvê-lo. A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica”¹⁹.

Método sistemático

O ordenamento jurídico tem como pressuposto básico, a *unidade*. Para Tercio Sampaio Ferraz Jr. “quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, fala-se em *interpretação sistemática (stricto sensu)*”²⁰. Cabe ao intérprete observar o sistema jurídico como um todo, devendo retirar o significado da norma analisando-se as regras de hierarquia (subordinação) e a conexão (coordenação) de normas do ordenamento que culmina e principia na Constituição.

19 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 261.

20 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 262.

Para Carlos Maximiliano “consiste o *Processo Sistemático* em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”²¹. Assim, cabe ao intérprete analisar as várias normas jurídicas para conhecer-lhes o espírito. Tenta-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e da análise das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma das normas²².

Método histórico, histórico evolutivo e sociológico

As interpretações histórica e a sociológica distinguem-se conforme se leve em consideração o momento da situação ou a análise de sua gênese no tempo, sendo que, na prática, é difícil de se sustentar a distinção entre estes dois métodos de interpretação²³. Na verdade, a busca de um significado atual da norma ou o momento de sua criação demonstra que ambos estão correlacionados. Daí decorre a ideia de uma interpretação histórica evolutiva.

Pela interpretação sociológica, analisa-se o significado da norma no momento atual. O intérprete deve verificar as funções do comportamento e das instituições sociais no momento atual de sua interpretação. Já pela interpretação histórica²⁴, analisa-se as condições em que ocorreu a sua gênese. Um dos recursos que o intérprete pode utilizar para descobrir a gênese da norma são os *precedentes normativos*, ou seja, as normas que vigoraram no passado antes da nova norma, comparam-se ambas para entender os motivos condicionantes de

21 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 128.

22 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 128.

23 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 263.

24 Conforme entendimento da doutrina: “A interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 132).

sua criação²⁵. Outro meio utilizado na interpretação histórica são os “chamados *trabalhos preparatórios*, isto é, projetos de lei, debates nas comissões técnicas das assembleias legislativas e no plenário das mesmas, pareceres, emendas e justificações das mesmas”²⁶.

Método lógico

A interpretação lógica pretende retirar o sentido da norma utilizando-se de silogismo concatenados para se chegar a uma conclusão. Esse método de interpretação pretende reduzir tudo à precisão matemática, utilizando-se da lógica formal²⁷. A lógica é composta de três proposições: a primeira, chama-se *premissa maior*; a intermediária, chama-se *premissa menor*; a terceira, chama-se *conclusão*.

Para aqueles intérpretes que se utilizam da lógica para desvendar o significado da norma, torna-se importante o raciocínio dedutivo²⁸.

Desta forma, “a estrutura-padrão do raciocínio dedutivo jurídico teria a seguinte configuração: a) na premissa maior, uma norma jurídica em sua forma lógico-deôntica; b) na premissa menor, uma referência a um caso concreto pertinente à norma jurídica em questão; c) na conclusão, uma decisão aplicando a norma ao caso concreto”²⁹.

Método teleológico

A interpretação teleológica busca os fins da norma jurídica. É dividida em duas teorias: a *objetiva* e a *subjetiva*.

25 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 263.

26 GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 230.

27 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 124.

28 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 123.

29 COELHO, Fábio Ulhoa. **Lógica jurídica, uma introdução: um ensaio sobre a logicidade do direito**. São Paulo: Educ, 1992. p. 67-68.

Pela teoria objetiva busca-se a fixação e o alcance da lei, ou seja, os fins colimados pela lei (*mens legis*)³⁰.

Pela teoria subjetiva busca-se a intenção do legislador ao elaborar determinada norma jurídica (*mens legislatoris*).

Método axiológico

O método axiológico tem como fundamento a apreensão dos valores consagrados pela norma jurídica, nos princípios albergados pelas normas constitucionais, de tal forma que venha a prevalecer o valor de patamar superior.

Segundo Nagib Salibi Filho, a interpretação axiológica “é o método que hoje está em voga na doutrina e na prática dos tribunais, embora sob a intensa crítica de que a sua utilização constitui uma verdadeira panacéia, pois as constituições democráticas, pelo caráter compromissório entre diversas correntes ideológicas, apresentam aparentes conflitos de valores, permitindo ao intérprete selecionar, de acordo com a sua postura cultural, aquele que deve predominar”³¹. Esse entendimento torna-se consistente ao se analisar a Constituição Federal brasileira de 1988 que é eclética, com a influência de várias correntes ideológicas.

Os métodos de interpretação constitucional

A palavra método quer significar o conjunto de meios dispostos sistematicamente para se atingir um fim e especialmente para se chegar a um conhecimento científico. Não há na jurisprudência ou na doutrina uma teoria dos métodos de interpretação constitucional que direcione o intérprete a se utilizar de um método previamente estabelecido.

30 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 324-325.

31 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 120.

Dessa forma, se considerarmos objetivamente expressões como *interpretação conforme a constituição*, *princípio do efeito integrador*, *máxima efetividade* entre outros, verifica-se que também estarão sujeitas a contradições e conflitos de interpretação³². O que dizer então de expressões como *tópico-problemático*, *hermenêutico-concretizador*, *científico-espiritual* ou *normativo-estruturante*?

Em que pesem as considerações anteriores, a realidade é que os métodos tradicionais de interpretação (gramatical, sistemática, teleológica etc.) *não são suficientes* para uma interpretação constitucional. É salutar que a doutrina apresente vários outros métodos para uma interpretação da constituição, ainda que sejam vagos e que comportem vários significados. Há uma riqueza de instrumentos colocados pela doutrina que colaboram com o conhecimento científico e este pluralismo é muito importante para os operadores do direito, pois ampliam os seus horizontes e facilitam o seu trabalho interpretativo.

A doutrina aponta os seguintes métodos de interpretação constitucional: *jurídico* ou *hermenêutico-clássico*; o *tópico-problemático*; o *hermenêutico-concretizador*; o *científico-espiritual*; o *normativo-estruturante* e o da *comparação constitucional*. A seguir traçaremos as linhas gerais de cada um destes métodos.

Método jurídico ou hermenêutico-clássico

Os defensores deste método entendem que a constituição em sua essência é uma *lei* e, em razão disso, deve ser interpretada pelas regras tradicionais da hermenêutica (gramatical ou filológica, sistemática, teleológica etc.). Esse método clássico decorre do direito privado e sofreu influência do formalismo que moldou a interpretação do Código Civil napoleônico³³.

32 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 91.

33 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280.

O método jurídico não diferencia a interpretação constitucional da interpretação geral do direito.

Há uma dificuldade interpretativa do texto constitucional, pois ele é inicial, lacônico e, muitas vezes, as palavras e expressões são de domínio comum. Assim, o intérprete poderá extrair o conteúdo da norma constitucional utilizando-se dos métodos tradicionais. É o que pode ocorrer com o disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, ao fazer a previsão dos princípios da Federação, República e do Estado Democrático de Direito. Tais princípios podem ser interpretados à luz do método histórico.

Método tópico-problemático

O modo de pensar tópico ou retórico ressurgiu na Europa do pós-guerra em contraposição à polêmica em torno do *método jurídico* de interpretação. Em 1953 foi publicada a obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, abordando sobre o pensamento tópico na teoria e prática jurídicas³⁴. No entanto, a ressurreição da tópica do pós-guerra não ocorreu em primeiro lugar no Direito, mas sim em outras disciplinas, tais como, na ciência política, na sociologia, na teoria literária e na filosofia, em torno de 1948³⁵. Mais tarde começou a influenciar também na jurisprudência europeia.

Pelo método tópico, tanto na seara jurisprudencial quanto no da interpretação das leis e da constituição, o processo de raciocínio jurídico obedece a um esquema básico, que é o do *raciocínio por exemplos*³⁶. É um raciocínio de caso a caso, do particular para o particular. O raciocínio não parte de regras fixas e sim de regras que mudam de

34 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 45.

35 A doutrina aponta que o livro pioneiro sobre o tema parece ter sido o de R. Curtis, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, de 1948 (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 46).

36 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 46.

um caso para outro, havendo reformulação em cada um dos casos particulares.

Assim, a constituição não seria um *sistema fechado* e sim seria um sistema *aberto de regras e princípios*, o que permite diferentes interpretações e que um *problema* concreto admite mais de uma *resposta*. O movimento dos conceitos jurídicos seria *circular*.

Dessa forma, por meio desse método, parte-se de um *problema concreto* para a norma constitucional, conferindo-se à interpretação um caráter prático na tentativa de solução dos problemas concretizados.

Sobre este método de hermenêutica constitucional a doutrina pondera que:

“Aceitando, em contraposição a esse ponto de vista, que, modernamente, a Constituição é um sistema *aberto* de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações; que um problema é toda questão que, aparentemente, permite *mais de uma resposta*; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento *problemático*, pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as *aporias* emergentes da interpretação *concretizadora* desse novo modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método *tópico-problemático* representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se *chegar* até a Constituição”³⁷.

Há alguns pressupostos inerentes a esse método que podem ser identificados a partir dos seguintes aspectos³⁸: analisar a partir do *pen-*

37 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

38 A doutrina explica que: “Viehweg caracteriza a tópica por três elementos, que aliás aparecem estreitamente ligados entre si (cf. García Amado, 1988, pág. 90): por um lado a tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma *técnica do pensamento problemático*; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de *topos* ou *lugar-comum*; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a tópica é uma *busca e exame de premissas*:

samento problemático a cuja solução se persegue; transformar todos os elementos envolvidos na aplicação da norma em pontos de partida da interpretação; considerar o *caráter aberto* da Constituição; utilização dos vários métodos interpretativos para a solução do problema.

A doutrina tem criticado esse método hermenêutico ao ponderar que:

“A concretização do texto constitucional a partir dos *tópoi* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma atividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse), que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Muller)”³⁹.

Método hermenêutico-concretizador

Esse método, ao contrário do anterior, parte da norma constitucional para o problema. O ponto de partida para a interpretação é o texto constitucional. Segundo os defensores deste método, a leitura das normas constitucionais inicia-se com a *pré-compreensão* do intérprete, a quem cabe *concretizar* a norma a partir de uma determinada situação histórica, “que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a seu exame, para que ele o resolva à *luz da Constituição* e não segundo critérios pessoais de justiça”⁴⁰.

o que a caracteriza é ser um modo de pensar na qual a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 49).

39 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 214.

40 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

As ideias filosóficas de Hans-Georg Gadamer sobre hermenêutica influenciaram no método hermenêutico-concretizador na medida em que considera que a tarefa da interpretação não é um mero esforço histórico, mas sim a tentativa de medir a diferença entre um determinado texto (no caso do direito, o texto constitucional) e a situação atual. Para Gadamer compreender um texto é sempre *concretizá-lo*⁴¹. Portanto, é necessária a pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica. Sobre o que seria esta experiência, a doutrina aponta o entendimento de Gadamer:

“A experiência, diz Gadamer, tem a sua realização dialéctica <<não num conhecimento mas numa abertura à experiência, sendo ela própria liberta pela experiência>>. É evidente que aqui experiência não significa um tipo de conhecimento informativo sobre isto ou aquilo, que se foi conservando. Tal como o termo é usado por Gadamer, é menos técnico e está mais perto de um uso habitual. Refere-se a uma acumulação de <<compreensão>> não objectificada e largamente não objectificável a que muitas vezes chamamos sabedoria. Por exemplo, um homem que passou toda a sua vida a lidar com pessoas adquire uma capacidade para as conhecer a que chamamos <<experiência>>. Embora esta experiência não seja um conhecimento objectificável, entra no seu encontro interpretativo com as pessoas. Contudo, não é uma capacidade puramente pessoal; é um conhecimento do modo como as coisas são, um <<conhecimento das pessoas>> que na verdade não pode ser posto em termos conepuais”⁴².

41 PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 191.

42 PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 198-199.

O método hermenêutico-concretizador não está livre de críticas, embora tal teoria filosófica seja importante para a hermenêutica constitucional. Há grande dificuldade em se produzirem resultados razoáveis e consistentes com base neste pensamento filosófico, pois a “pré-compreensão do intérprete, enquanto tal, distorce desde logo não somente a realidade, que ele deve captar através da norma, mas também o próprio sentido da norma constitucional – de si multívoco –, que ele deve apurar naquele incessante ir e vir entre o substrato e o sentido, que singulariza a dialética da compreensão como ato gnosiológico próprio das ciências do espírito”⁴³.

Já Luís Roberto Barroso entende que este método hermenêutico:

“(...) procura o equilíbrio necessário entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente. Destaca, assim, a importância da pré-compreensão do agente da interpretação, seu ponto de observação e sua percepção dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos. Igualmente significativa é a realidade objetiva existente, ‘os fatores reais do poder’, na expressão clássica de Ferdinand Lassalle. E por fim, não menos relevante, é o sistema jurídico, ‘a força normativa da Constituição’, com sua pretensão de conformar a realidade – o *ser* – ao *dever-ser* constitucional. A Constituição não pode ser adequadamente apreendida observando-se apenas o texto normativo: também a realidade social subjacente deve ser integrada ao seu conceito. Por outro lado, a Constituição não é mero reflexo da realidade, por ser dotada de capacidade de influir sobre ela, de afetar o curso dos acontecimentos. O papel do intérprete é compreender esse condicionamento recíproco, produzindo a melhor solução possível para o caso concreto, dentro das possibilidades oferecidas pelo ordenamento”⁴⁴.

43 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

44 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280-281.

Método científico-espiritual

Os adeptos desse método hermenêutico partem do ponto de vista de que a constituição é um instrumento de *integração* em seu sentido amplo, ou seja, não só do ponto de vista *jurídico-formal*, como pregava Hans Kelsen, no sentido de norma-suporte e fundamento de validade de todo ordenamento jurídico, mas também em perspectiva *política e sociológica*, como defendiam Carl Schmitt e Ferdinand Lassalle, enquanto instrumento de absorção e superação de conflitos⁴⁵. Dessa forma, chega-se à construção e à preservação da unidade social.

O Estado não pode ser reduzido a uma totalidade imóvel, cujo único escopo seria em promulgar leis, celebrar tratados, proferir sentenças ou praticar atos administrativos, pelo contrário, deve ser visto também como um *fenômeno espiritual* em constante configuração, “no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou como deformação, pouco importa, até porque isso é da sua natureza”⁴⁶. Vale dizer, o Estado é uma realidade que só existe e se fomenta em razão dessa constante revivescência.

O direito constitucional é positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito, não devendo o intérprete ver a constituição apenas como um momento estático e permanente da vida do Estado, mas sim como algo dinâmico, renovando-se constantemente, “a compasso das transformações, igualmente constantes, da própria realidade que as suas normas intentam regular”⁴⁷.

A constituição como instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu efeito *integrador* e, também, da dinâmica social, exige

45 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

46 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 98.

47 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 98.

uma interpretação *extensiva e flexível*, diferente das outras formas de interpretação jurídica. Dessa forma, a doutrina pondera:

“Em síntese, para os adeptos do método científico-espiritual – que é o das ciências da cultura, em geral –, tanto o Direito quanto o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos *culturais* ou fatos referidos a valores, a cuja realização os três servem de instrumento. Entre tais valores, emerge a *integração* como fim supremo, a ser buscado por toda a comunidade, ainda que, ao limite, como advertem os seus críticos, esse integracionismo absoluto possa degradar o indivíduo à triste condição de peça – indiferenciada e sem relevo –, da gigantesca engrenagem social”⁴⁸.

Há doutrinadores que denominam o método científico-espiritual como *método científico-realista*, justificando tal posicionamento nos seguintes termos:

“A expressão ‘científico-espiritual’, largamente divulgada nos trabalhos brasileiros sobre interpretação constitucional, parece soar um tanto quanto inusitada. A origem do termo remonta à querela entre as posições de Forsthoﬀ e Smend sobre a interpretação da constituição. Forsthoﬀ, em seu famoso artigo em defesa do método jurídico clássico, rejeitava as teses de Smend, que Forsthoﬀ chamava de *geisteswissenschaftliche Methode* (cf. Ernst Forsthoﬀ, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, p. 44). Ainda que *Wissenschaft* signifique ‘ciência’ e *Giest* signifique ‘espírito’, não se pode traduzir a expressão por ‘método científico-espiritual’ – e não só pela estranheza que o termo certamente causa, mas também porque a

48 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 99.

expressão *Geisteswissenschaft* tem um sentido próprio: ela denomina aquilo que no Brasil é chamado de ‘ciências humanas.’ Ocorre que na Alemanha o Direito não costuma ser considerado como parte das ciências humanas, e é justamente essa contraposição que Forsthoff queria salientar, criticando o uso de métodos estranhos ao direito, ainda que pertencentes às ciências humanas. A seguinte passagem ilustra bem essa contraposição. ‘Não há por que se perquirir se essa concepção dos direitos fundamentais está correta em sentido *sociológico* ou *social-filosófico*. O que aqui interessa é somente saber se esses métodos de compreensão das normas têm alguma utilização que possa ser considerada como interpretação *jurídica*.’ (cf. Ernst Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, p. 39 – sem grifos no original)⁴⁹.

Método normativo-estruturante

J. J. Gomes Canotilho aponta os seguintes postulados básicos do método normativo-estruturante:

“(1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as *várias funções de realização do direito constitucional* (legislação, administração, jurisdição) (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa <<decisão prática>> (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos) (3) a metódica deve preocupar-se com a *estrutura* da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria *hermenêutica da norma jurídica* que arranca

49 SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 134.

da não identidade entre *norma e texto normativo*; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um <<domínio normativo>>, isto é, um <<pedaço de realidade social>> que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a *concretização normativa* deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)⁵⁰.

As ideias desenvolvidas por Gadamer, anteriormente expostas, sobre a interpretação são relevantes para o método normativo-estruturante. Para ele, interpretar é *aplicar*, ou seja, a tarefa de interpretação quer dizer a *concretização* da lei a cada caso. Conforme aponta Canotilho, Friedrich Müller explica a diferença entre *normatividade*, *norma* e o *texto* da norma.

A *normatividade* não é produzida pelo seu *texto*, mas sim decorre de dados extralinguísticos de tipo estatal-social; do funcionamento efetivo e da atualidade efetiva do ordenamento constitucional diante das motivações empíricas na sua área de atuação; de fatores que não são fixados no *texto* da norma, no sentido da sua permanência⁵¹. Não seria o conteúdo literal de uma norma que efetivamente regulamentaria um caso concreto, mas sim os diversos órgãos legislativo, administrativo e judiciário, “enfim, todos aqueles que elaboram, publicam e

50 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 215.

51 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100.

fundamentam a decisão reguladora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática, sempre de conformidade com o fio condutor da formulação lingüística dessa norma (constitucional), bem assim com outros meios metódicos auxiliares que ajudam na sua concretização”⁵².

A *hermenêutica da norma jurídica* necessita da ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao teor literal da norma, tais como manuais didáticos, estudos monográficos, direito comparado, direito consuetudinário etc. Assim, na tarefa de *concretizar* a constituição, “o aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu *âmbito* normativo, elementos que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo ‘escolheu’ ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação. Em síntese, no dizer de Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a ‘ponta do *iceberg*’; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para *realizar* o direito, esse âmbito de incidência é constituído pela *situação normada*, na feliz expressão de Miguel Reale”⁵³.

Portanto, para esse método a interpretação constitucional é *concretização*, vale dizer, o conteúdo da norma interpretada só se torna completo com sua interpretação mediante a incorporação da *realidade*, considerando-se aquilo que não aparece expressamente no texto normativo (na constituição), não podendo realizar-se apenas nas disposições contidas nas normas.

52 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100.

53 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100-101.

Método da comparação constitucional

Leva em consideração a comparação dos vários ordenamentos jurídicos, ou seja, é método de interpretação que se baseia na comparação entre as várias constituições.

Considerações finais

Há uma série de peculiaridades que justificam interpretação diferenciada à Constituição. Não se deve levar à interpretação constitucional todos os formalismos exigidos para se interpretar as leis em geral. Não que se desprezem os métodos de interpretação ordinariamente utilizados, mas a Constituição, como norma fundante do Estado, possui certas características que a levam para estudo autônomo e destacado dentro do sistema jurídico. Em razão dessas características torna-se, muitas vezes, difícil ou mais trabalhosa uma interpretação das normas constitucionais.

Em síntese, as principais características que levam à interpretação constitucional diferenciada são:

O *caráter inicial* do texto constitucional torna mais difícil o trabalho do intérprete. Enquanto as leis em geral buscam o seu fundamento de validade em outra norma jurídica que lhe é hierarquicamente superior, os dispositivos constitucionais não devem obediência a nenhuma outra norma positivada superior. A própria Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

O *caráter aberto e amplo* das normas constitucionais o que possibilita a “atualização” das normas constitucionais por meio da interpretação, renovando-se a ordem jurídica para atender as mudanças operadas na sociedade.

O *caráter sintético e coloquial* das normas constitucionais consiste na sua linguagem lacônica. Seus dispositivos são caracterizados por palavras breves e concisas. O fato de as normas constitucionais serem sintéticas faz com que surja uma dificuldade interpretativa, o que não ocorre com as outras disciplinas do direito, tais como o direito civil, o direito penal, o direito do consumidor etc. O caráter coloquial das

normas constitucionais decorre da formação do legislador constituinte. São médicos, engenheiros, administradores etc. que são eleitos para formarem a Assembleia Nacional Constituinte. Assim, a Constituição conterà palavras como capital, povo, saúde, paz etc. São palavras comuns utilizadas no dia a dia das pessoas.

O *caráter político* das normas constitucionais consiste na existência de uma série de regras e princípios mais de ordem política e ideológica do que propriamente jurídica.

O *caráter estruturante* das normas constitucionais cujo destinatário habitual é o próprio legislador ordinário. O núcleo das Constituições é formado por normas que têm caráter organizatório, porque a sua principal função é estruturar o Estado.

Diante destas características, os métodos ordinários de interpretação (literal, sistemático, histórico etc.) não são suficientes para se extrair o significado das normas constitucionais. Há a necessidade de outros mecanismos para desvelar o texto constitucional. Daí a importância dos métodos específicos de interpretação constitucional.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. Ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Lógica jurídica, uma introdução: um ensaio sobre a logicidade do direito**. São Paulo: Educ, 1992.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Direito constitucional**. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Manual de teoria geral do direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

PALMER, Richard E.. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REFLEXÕES SOBRE A EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO ENSINO SUPERIOR

André Luiz Moro Bittencourt¹

Do papel da Universidade

No presente trabalho se fará uma abordagem da extensão e transferência sob o enfoque trazido por Souto M. (1999), segundo a qual formação seria não só aquisição do conhecimento relacionada à necessidade laboral, como ainda, e além, um processo unificador da evolução humana.

Mais especificamente, quando se fala em formação universitária, uma questão que sempre se coloca é sobre o papel da universidade na sociedade moderna².

-
- 1 Advogado e Professor de Extensão e Pós-Graduação. Pós Graduado em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná. Pós Graduado em Direito Previdenciário pela Faculdade Inesp. Coordenador Acadêmico e Professor do Instituto Multiplus. Palestrante nas áreas de Educação e Previdência. Mestrando em Gestão de Políticas Universitárias para o Mercosul pela UNLZ - Universidade Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires - Argentina
 - 2 Por lo menos en Latinoamérica, existe consenso en el discurso universitario actual respecto a que se debe fundar su identidad sobre tres grandes funciones-pilares: investigación, docencia y extensión¹ u otros equivalentes. Esta última también la referiré como tercera función, en la línea de lo que otros autores han definido como tercera misión (Bueno Campos, 2007) porque es la que más tardíamente

No Segundo Congresso de Educação para Integração da América Latina, realizado no Brasil, na cidade de Maringá no ano de 1994, concluiu-se que a universidade “*tem um papel transformador na sociedade. O capital da universidade é o cérebro. O papel da universidade é desenvolvê-lo. As universidades devem desenvolver mentes criativas para resolver os problemas do futuro das sociedades e da humanidade.*”³

Se as afirmações acima forem verdadeiras, e parece não haver dúvidas a esse respeito, faz-se necessário que aquele que recebe o conhecimento e também aquele que o transmite tenha amplo conhecimento do que acontece ao seu redor, seja em nível macro, como também e mais especificamente, no corpo social em que está situada aquela instituição de ensino.

Como haverá resolução de problemas se as peças que estão inseridas nesse contexto não apresentam um conhecimento satisfatório do processo evolutivo do meio social que lhe cerca e também dos processos sociais que estão além de suas fronteiras geográficas?

Aqui mais uma vez se nota um fenômeno que ocorreu nas mais diversas sociedades, qual seja, a má delimitação e importância colocada pelos legisladores sobre a questão social.

Ao longo dos anos se percebe, sobretudo quando se estuda processos evolutivos e conquistas constitucionais sob a denominação de “direitos fundamentais” que questões sociais perderam espaço sempre para direitos políticos e individuais.

se incorpora a la educación superior y para sortear el obstáculo de la diversidad de denominaciones que remiten a diferentes concepciones (algo de lo que igual me ocupo enseñada). Tiene como común denominador estar concebida sobre la necesidad de una articulación, más o menos inmediata y directa, entre este nivel educativo y la comunidad (intra y/o extrauniversitaria) con concepciones que varían respecto a la sociedad, la universidad, el papel que debe jugar esta última en el desarrollo social y los contenidos y las formas que median en esta articulación. LÓPES, Marcelo Luis. Extensión universitaria. Problematización y orientaciones para gestionar el área. Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento, vol. 7, núm. 2, julio, 2010, pp. 1-8 Universitat Oberta de Catalunya Catalunya, España
3 [http://www.sefidvash.net/publications/78%20\)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf](http://www.sefidvash.net/publications/78%20)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf) (acesso em 20 de abril de 2.014)

Ao se verificar as primeiras cartas políticas, tais como o “Bill of Rights” em 1776, na América do Norte, se percebe que restou expressado no texto direitos como liberdade, igualdade, propriedade, autonomia, liberdade de crença, etc.

Mesmo em constituições tidas como inovadoras e consequentes de um denominado “estado social”, como é por exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos sociais elencados nos artigos 6º e 7º, embora tidos como direitos fundamentais, a princípio não recebiam interpretação no sentido de que, em igualdade aos direitos acima elencados, não necessitariam de regulamentação ordinária para que tivessem validade e efetividade naquele corpo social. Dizia-se, num primeiro momento (momento esse que não ficou longe em termos temporais) que seria normas meramente programáticas, ou seja, traziam uma caricatura ou um modelo a ser desenvolvido e que careciam até então de efetividade⁴.

Teria a universidade cumprido seu papel de investigação, pesquisa e transferência para melhor conhecimento e aplicação de direitos sociais, sobretudo quando se fala em previdência e assistência social?

Segundo Kennedy (2014), *“nosotros podemos crear una nueva clase de grupo académico: un grupo que afirme El pensamiento creativo em vez de reprimirlo y que subvierta la jerarquía académica em lugar de someterse a ella o de reproducirla. Si triunfamos em el esfuerzo, incluso el isquierdismo abstracto universal tendrá que reconocer, desde las profundidades de la desesperación, que tenemos algo emre manos.”*⁵

Analisando grades curriculares dos cursos de direito Duncan Kennedy (2014)⁶ concluiu que nelas se reforça a desigualdade de classes, raças e gêneros. Tal política educacional reproduzida em grande escala por universidades do mundo ocidental traz como consequência o desconhecimento e a dificuldade de implementação das políticas sociais.

4 DIMOULIS, Dimitri. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

5 KENNEDY, Duncan. La enseñanza Del derecho como forma de acción política. 1ª ed. 1ª reimpr. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 60.

6 KENNEDY, Duncan. La enseñanza Del derecho como forma de acción política. 1ª ed. 1ª reimpr. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Já Costa (2011)⁷ defende que o pleno exercício da democracia se alcança apenas quando o Estado possuir cidadãos aptos e capazes de tomar decisões próprias assumindo o risco pelas escolhas realizadas, pelo que, quanto maior o nível de escolaridade e conhecimento do corpo social mais condição tem seus componentes de formar juízos de valor e personalidade para construção de soluções efetivas em sede de justiça social.

Logo, é dentro desta perspectiva que se pretende trabalhar.

Da realidade atualmente enfrentada

Estudos vêm demonstrando o envelhecimento da população brasileira e um grande aumento de afastamentos do trabalho em virtude de problemas físicos, psicológicos e sociais.

Consequência disso se traduz no enorme número de ações judiciais em face do Instituto Nacional do Seguro Social, órgão governamental encarregado de cobrir situações de risco social, tais como aposentadoria por idade, invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente, etc.

Em que pese o envelhecimento⁸, aumento de causas de afastamento e, conseqüentemente, de demandas envolvendo o tema, percebe-se que a universidade ainda não reconheceu o problema e enxergou seu papel na construção de uma melhor aplicação das matérias que o envolvem.

No Brasil o tema é estudado mais profundamente pela faculdade de direito, na matéria denominada “direito previdenciário”.

Pois bem, verificando o currículo da quase totalidade das universidades e faculdades, percebe-se que a matéria, embora de grande

7 COSTA, Denise Souza. Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável. Belo horizonte: Fórum, 2011.

8 “Segundo as projeções estatísticas da Organização Mundial de Saúde o Brasil deverá ser o sexto país do mundo em contingente de idosos até o ano 2025. Hoje os idosos representam 8,6% da população brasileira, um contingente de quase 15 milhões de pessoas com 60 anos ou mais de idade. Em 2025 esse número será de 15%, ou seja, o Brasil contará com 32 milhões de idosos.” (<http://toledoprudente.edu.br/anexos/paginas/106-envelhecimento%20populacional.pdf> – acesso em 08/10/2014 às 09:41)

importância, não faz parte da grade obrigatória, sendo apenas uma matéria eletiva que é ministrada em um ou dois semestres no último ano do curso de direito.

Não há na legislação, qualquer determinação no sentido de torná-la obrigatória, havendo, contudo, requerimento formulado junto ao Ministério da Educação em 2013 visando tal fim⁹.

9 Requerimento 317/2013, com a seguinte justificativa: *“Há muito se admite o valor estratégico do direito previdenciário na formulação de políticas do governo federal, inclusive sob o aspecto financeiro. Sabe-se, para esse efeito, que as receitas públicas originadas de contribuições previdenciárias praticamente equivalem ao somatório dos outros tributos e encargos inseridos nos cofres da União, circunstância que chegou a justificar a unificação das estruturas voltadas a fiscalizar o recolhimento das referidas contribuições com a que se destina à arrecadação de tributos em geral. Ao mesmo tempo, o alcance social dos benefícios previdenciários adquire maior relevo de forma exponencial e sem dúvida irreversível. O crescimento da expectativa de vida dos brasileiros, motivo de orgulho nacional, amplia em idêntica medida o número de aposentados e faz com que a rede de contemplados pelo sistema previdenciário público alcance proporções cada vez mais expressivas.*

Essas variáveis, de veracidade incontestável, tornam as questões ligadas ao regime previdenciário uma das mais discutidas temáticas em ações judiciais. Processos movidos pela União contra empresas e contribuintes individuais inadimplentes, contribuintes pretendendo desonerar-se de encargos e pessoas reclamando sobre o valor ou o alcance de benefícios tumultuam varas federais e respondem por boa parte do congestionamento que prejudica o acesso ao Judiciário por parte expressiva da população. Apesar desse grave e angustiante cenário, não se adotou ainda, por motivos difíceis de explicar, uma medida simples: a inclusão de disciplinas voltadas ao direito previdenciário na grade de cursos voltados ao ensino da ciência jurídica. Os operadores do Direito, apesar de amplamente envolvidos pelo assunto, tendo em vista o contexto antes descrito, são obrigados a enfrentá-lo sem que disponham de uma estrutura acadêmica apta a lhes dar o suporte necessário, no momento em que se veem obrigados a equacionar casos concretos e responder a demandas específicas. É uma situação que definitivamente não pode perdurar. Cumpre iniciar sua superação, Senhor Ministro, pela adoção imediata da providência aqui demandada. Uma vez inserido o direito previdenciário entre as diretrizes a serem observadas por instituições que ofereçam cursos voltados ao ensino da ciência jurídica, o tema passará a ser enfrentado com maior desenvoltura por juízes, promotores e advogados, conferindo-se aos alcançados pelo menos a certeza de decisões mais justas e fundadas em argumentos mais sólidos. Cumpre destacar que a presente indicação resulta de uma oportuna sugestão apresentada pela prestigiada Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP, entidade de grande tradição no enfrentamento de questões

O exame da Ordem dos Advogados do Brasil, prova que confere ao bacharel em direito a possibilidade de trabalhar como advogado e patrocinar causas na justiça não traz uma questão sequer envolvendo a matéria¹⁰.

Os concursos públicos em sua grande maioria, até mesmo para o cargo de juiz federal (servidor público que passará a julgar causas desta natureza) apresenta apenas na primeira fase do concurso (o total de fases chega a cinco) não mais do que 5 (cinco) perguntas da matéria num universo de 100 (cem) questões.

O reflexo dessa política educacional se traduz no baixo nível de conhecimento de todos os envolvidos, ou seja, juízes, defensores, servidores do Instituto Nacional de Seguro Social e até mesmo na legislação editada pelo parlamento.

No presente trabalho se fará uma abordagem da extensão e transferência sob o enfoque trazido por Souto M. (1999), segundo a qual formação seria não só aquisição do conhecimento relacionada à necessidade laboral, como ainda, e além, um processo unificador da evolução humana.

ligadas ao sistema previdenciário público. A adoção desta iniciativa representa, em última análise, desdobramento de decisão plenária adotada no curso da XXIII Convenção Nacional realizado no âmbito daquela importante instituição. Esperase, por tudo que foi exposto, a reprodução da habitual sensibilidade de Vossa Excelência em relação a questões dessa natureza, para que se obtenha resposta à presente indicação com a celeridade exigida pela relevância do tema. Assim, em face dos argumentos anteriormente arrolados, pedimos a Vossa Excelência que, com a maior celeridade possível, apresente à Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação proposta de inclusão obrigatória de disciplina voltada ao direito previdenciário em cursos de direito oferecidos por instituições de ensino superior entre as diretrizes a serem observadas na efetivação desses cursos. Não há, Senhor Ministro, meio mais eficaz para que se veja atendido o interesse coletivo. Este colegiado trabalha com a convicção de que a medida acarretará em significativo e inadiável desenvolvimento do estudo da matéria, hoje indevidamente relegado a segundo plano”. (<http://www2.camara.leg.br/> - acesso em 08/10/2014 às 11:28)

10 (<http://www.oab.org.br/arquivos/edital-do-xi-exame-de-ordem-unificado-958586693.pdf> - acesso em 09/10/2014 às 10:26)

Mais especificamente, quando se fala em formação universitária, uma questão que sempre se coloca é sobre o papel da universidade na sociedade moderna¹¹.

No Segundo Congresso de Educação para Integração da América Latina, realizado no Brasil, na cidade de Maringá no ano de 1994, concluiu-se que a universidade “*tem um papel transformador na sociedade. O capital da universidade é o cérebro. O papel da universidade é desenvolvê-lo. As universidades devem desenvolver mentes criativas para resolver os problemas do futuro das sociedades e da humanidade.*”¹²

Se as afirmações acima forem verdadeiras, e parece não haver dúvidas a esse respeito, faz-se necessário que aquele que recebe o conhecimento e também aquele que o transmite tenha ampla ciência do que acontece ao seu redor, seja a nível macro, como também e mais especificamente, no corpo social em que está situada aquela instituição de ensino.

Como a transformação de uma sociedade pode ocorrer, como haverá resolução de problemas se as peças que estão inseridas nesse contexto não apresentam um conhecimento satisfatório do processo

11 Por lo menos en Latinoamérica, existe consenso en el discurso universitario actual respecto a que se debe fundar su identidad sobre tres grandes funciones-pilares: investigación, docencia y extensión¹ u otros equivalentes. Esta última también la referiré como tercera función, en la línea de lo que otros autores han definido como tercera misión (Bueno Campos, 2007) porque es la que más tardíamente se incorpora a la educación superior y para sortear el obstáculo de la diversidad de denominaciones que remiten a diferentes concepciones (algo de lo que igual me ocupo enseñada). Tiene como común denominador estar concebida sobre la necesidad de una articulación, más o menos inmediata y directa, entre este nivel educativo y la comunidad (intra y/o extrauniversitaria) con concepciones que varían respecto a la sociedad, la universidad, el papel que debe jugar esta última en el desarrollo social y los contenidos y las formas que median en esta articulación. LÓPEZ, Marcelo Luis. Extensión universitaria.

Problematización y orientaciones para gestionar el área. Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento, vol. 7, núm. 2, julio, 2010, pp. 1-8 Universitat Oberta de Catalunya Catalunya, España

12 [http://www.sefidvash.net/publications/78%20\)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf](http://www.sefidvash.net/publications/78%20)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf) (acesso em 20 de abril de 2.014)

evolutivo do meio social que lhe cerca e também dos processos sociais que estão além de suas fronteiras geográficas?

Aqui mais uma vez se nota um fenômeno que ocorreu nas mais diversas sociedades, qual seja, a má delimitação e importância colocada pelos legisladores sobre a questão social.

Ao longo dos anos se percebe, sobretudo quando se estuda processos evolutivos e conquistas constitucionais sob a denominação de “direitos fundamentais” que questões sociais perderam espaço sempre para direitos políticos e individuais.

Ao se verificar as primeiras cartas políticas, tais como o “Bill of Rights” em 1776, na América do Norte, se percebe que restou expressado no texto, direitos como o de liberdade, igualdade, propriedade, autonomia, liberdade de crença, etc.

Mesmo em constituições tidas como inovadoras e consequentes de um denominado “estado social”, como é por exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos sociais elencados nos artigos 6º e 7º, embora tidos como direitos fundamentais, a princípio não recebiam interpretação no sentido de que, em igualdade aos direitos acima elencados, não necessitariam de regulamentação ordinária para que tivessem validade e efetividade naquele corpo social. Dizia-se, num primeiro momento (momento esse que não ficou longe em termos temporais) que seriam normas meramente programáticas, ou seja, traziam uma caricatura ou um modelo a ser desenvolvido e que careciam até então de efetividade¹³.

Com a educação universitária o fenômeno não foi distinto, pois advertiu, López (2010) que a extensão surgiu como uma terceira viga mestra da educação universitária, atrás das já existentes investigação e docência.

Justamente por observar tais situações é que se tem defendido que a extensão e transferência universitária buscam a realização de intercâmbio sociocultural. Um professor deve ter conhecimento claro do que está se passando, por exemplo, no bairro em que está inserida sua

13 DIMOULIS, Dimitri. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

instituição de ensino para que investigue os problemas existentes, suas origens e logicamente, as possíveis respostas para resolução deles.

Ao fazer tal investigação pode atuar de maneira interdisciplinar para que cada parte aprofunde o objeto de estudo e apresente não só aos docentes, como aos discentes um objeto de investigação para que se busque uma resposta mais satisfatória e que ampare toda gama de situações vivenciadas por aquele corpo social, pois ele apresenta uma trama de relações e por consequência, situações peculiares e particulares.

Pessoas das mais diferentes culturas, camadas sociais, áreas do conhecimento estarão debruçadas ante o mesmo problema tendo como missão o conhecimento das situações e a busca por soluções efetivas. Mesmo que não ocorra a busca da solução, haverá certamente o mencionado intercâmbio sociocultural e todos sairão mais fortalecidos do processo, pois tiveram acesso a situações de vida nunca antes vivenciadas. Seria uma forma de crescimento pessoal do investigador (estudante ou docente) e também dos terceiros envolvidos no processo, sobretudo aqueles que se poderia denominar como objetos do estudo¹⁴ (sociedade envolvida).

Esse processo se torna então uma forma de aquisição de conhecimento e forjará os envolvidos que passarão a entender realidades e pontos de vista diversos, como também receberão uma séria de informações importantes para a evolução pessoal.

Embora pareça, percebe-se que a extensão não tem como qualidade principal a formação e transformação do saber¹⁵. Para Coscarelli (2010), extensão transforma a personalidade, coloca educação social e traz o enfrentamento acadêmico *versus* experiência.

A experiência é algo que não se pode fugir, pois a sociedade só acontece e decorre como resultados das múltiplas facetas que se apresentam e do confronto de realidades e interesses nela inseridos pelas pessoas que nela figuram.

14 COSCARELLI, María Raquel. Formación en el campo de la extensión universitaria. Revista Eletrónica sobre Extención Universitária. Ejemplar N° 1. Julio de 2010.

15 Idem, p. 2.

Das situações reais, ou seja, da experiência é que surgiu a necessidade, por exemplo, de regras cotidianas e sociais, sejam elas escritas ou não.

Diante disso sociedades, principalmente as ocidentais iniciaram um processo de normatização que culminou com o constitucionalismo. Assim, uma sociedade que visa a efetivação e garantia de direitos se faz valer de uma norma de grau hierárquico mais elevado para fazer valer dentro de seu espaço, situações que entendia como fundamentais para o bom funcionamento do corpo social e que viesse a trazer a melhor resposta e a garantia efetiva dos direitos de todos que nela estavam inseridos.

Quando se faz uma investigação sobre as formas de interpretação de um texto constitucional se percebe que de maneira quase unânime a afirmação é no sentido de que, mesmo sem ocorrência de modificação do texto de uma determinada carta fundamental de um estado, ele deve ser interpretado de forma a responder os anseios atuais daquela sociedade, pois é ressabido que toda sociedade evolui e se transforma com o passar do tempo, pelo que, o texto constitucional só garantirá a força daquele corpo social se der ao texto a interpretação que responda todos ou a maior parte de seus problemas e disputas internas¹⁶.

Percebe-se assim que a experiência é processo inerente e inafastável de qualquer processo social.

Trazendo o objeto de estudo para a educação universitária do curso de direito, por exemplo, temos que antes de tudo observar que estamos tratando de questões da mais alta importância dentro de um corpo social.

16 “Esta – a constituição escrita – só é boa e durável quando corresponde à constituição real, àquela que tem suas raízes nos fatores de poder que regem no país. Onde a constituição escrita não corresponde à real, estala inevitavelmente um conflito que não há maneira de eludir e, cedo ou tarde, a constituição escrita, a “folha de papel”, tem necessariamente que sucumbir ante o empuxo da constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país.” SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 23.

A Título de exemplo, iniciamos a investigação sob a perspectiva de que educação no Brasil é direito fundamental consagrado pela Carta Constitucional de 1988, como também o é o devido processo legal e o direito ao contraditório e a todos os meios legais de defesa, devendo o estado fornecer profissional habilitado ao cidadão nos casos em que ele deva ir a juízo, havendo ainda situações em que pode realizar sua defesa independentemente da presença de advogado.

Na Argentina não é diferente, pois a educação se encontra garantida na Constituição de 1994, tendo o cidadão daquele país o direito inclusive a uma formação em instituição pública. No artigo dezoito também se encontra a inviolabilidade do direito de defesa em juízo, além da defesa dos direitos humanos em seu artigo oitenta e seis.

Verifica-se então que a educação e a defesa de direitos são tidas por ambas as cartas constitucionais como algo caro e objeto de garantia aos cidadãos de ambos os países.

A pergunta que surge é:

Uma instituição de ensino que se proponha a ofertar um curso de direito, levando em consideração que o aluno de tal curso deverá - regra geral - ser um operador desse sistema, seja na qualidade de advogado, juiz, promotor, etc, e terá por missão tratar de questões de mais alta relevância na vida de outros membros da sociedade, cumpre sua missão quando apenas se apoie na investigação dos institutos e instituições jurídicas?

Poderá um juiz trazer determinada conclusão sobre uma lide colocada sob sua guarda apenas com os conhecimentos teóricos trazidos pelos manuais que ensinam os conceitos e natureza dos institutos jurídicos?

Um advogado cumprirá sua missão de defender uma parte quando apenas apresenta conhecimento adquiridos pelos livros e pelos docentes? (repetido na p.16?)

Como trazer a melhor solução para uma questão que envolva famílias miseráveis ou a necessidade de recebimento de uma prestação social ofertada pelo governo quando se cumprem determinados requisitos, como o de comprovação de miserabilidade quando quem está

envolvido na causa, seja como juiz ou advogado nunca passou por tal situação ou não tem conhecimento de como vivem tais pessoas?

Ao fazer tal enfrentamento de situações ou tais questionamentos pode-se chegar à conclusão de que a extensão universitária é uma determinação constitucional, sendo dever dos agentes políticos envolvidos (legisladores, ministros, etc.) garantir e efetivar políticas voltadas à concretização da extensão universitária sob pena de omissão. Note-se que não é qualquer omissão! É omissão de determinação trazida na constituição da República.

Na constituição brasileira existe inclusive instrumento específico para esses casos. É a denominada “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

Trazendo esse pensamento para a realidade vivenciada pelos estudantes de direito, percebe-se, primeiro, que a matéria que envolve a defesa de interesses ligados aos estados de miserabilidade, saúde (ou falta dela) e previdência sequer faz parte das grades curriculares, o que reflete total falta de investigação do tema em sede de graduação. E mais, que em instituições onde existe a extensão e transferência, que na prática se traduz como escritórios de advocacia bancados pela faculdade ou universidade e os alunos fazem o atendimento dos destinatários, estudam o caso, desenvolvem teses, participam de audiências em juízo, sempre orientados e supervisionados por docentes designados, também não se faz presente a defesa de tais interesses. Não se pode perder de vista que quando se efetiva tal política há uma evolução de todo o corpo social, pois os destinatários se sentem prestigiados e amparados. Os alunos se sentem mais dispostos a estudar e entender as necessidades do envolvido, passam a ter conhecimento de uma realidade social quase sempre muito distante da que ele tinha até aquele momento, além da universidade passar a cumprir o seu papel de forjar pessoas melhores e mais consciente de seu papel em sociedade.

Vale a ressalva de que a extensão deve ser no mínimo essa acima detalhada e não aquela em que a instituição apenas solicita que o aluno assista audiências como ouvinte e comprove essa presença para garantir a aprovação.

A diferença se faz justamente no momento em que o aluno e o professor mergulham no corpo social e buscam entender aquela realidade, identificam suas carências e buscam a efetivação de situações de melhoria para os envolvidos, independentemente de o resultado ser ou não alcançado.

Assim se faz academia de qualidade com integração social, que nos dizeres de Camilloni (2010) ocorre quando a universidade *“forma profesionales creativos, capacita a graduados en la misma universidad y en sus lugares de trabajo, produce bienes y proporciona servicios, desarrolla trabajos de consultoría para sectores públicos y privados, y produce sistemáticamente conocimiento a través de la investigación, lo cual la distingue de las otras instituciones de educación superior, una actividad que desarrolla no sólo en el campo de las ciencias básicas sino también en las ciencias aplicadas, en desarrollo y tecnología, en artes y humanidades. Todo esto en un contexto en el que el factor humano es el más importante de los medios de producción y en el que es necesario crear y recrear constantemente redes de innovación en las que todos deben ganar en mayor conocimiento y velocidad de actualización tanto en los programas de formación inicial y continua cuanto en los de investigación.”*¹⁷

A velocidade de atualização, principalmente no caso da educação universitária no campo do direito, que é o objetivo desse trabalho, deve se dar ainda no sentido de perceber quais as situações de conflitos estão crescendo dentro de uma sociedade para que se possa realizar estudos direcionados a essas situações, dando assim aos operadores bases sólidas para edificar a discussão.

No Brasil atualmente se percebe uma grande lacuna nas universidades de direito e que poderiam, ou melhor, deveriam ser supridas pela universidade dentro dos três pilares elencados por López.

O envelhecimento da população brasileira e o aumento das doenças que impossibilitam temporária ou definitivamente o cidadão para o trabalho é fenômeno conhecido.

A área do direito que cuida de tal assunto é o denominado “direito previdenciário” e o órgão responsável pela gestão do sistema de

17 CAMILLONI, Alicia R. W. de. Calidad académica e integración social.

benefícios é uma autarquia federal denominada “Instituto Nacional do Seguro Social”.

Sabe-se que o maior litigante atual no Brasil é justamente o Instituto Nacional do Seguro Social. Quem milita na área entende rapidamente o motivo pelo qual o número de demandas judiciais nesta área ocorre, muito embora o pedido inicial seja feito em esfera administrativa e não judicial.

Entre os elementos causadores se podem apontar de início a não obrigatoriedade da matéria nos cursos de direito. Note que as demandas que mais aumentam em uma nação passam por uma área importantíssima que está elencada na Constituição como direito fundamental e que vem sendo desprezada pela universidade.

Assim, os agentes públicos que trabalham na autarquia não tiveram bases teóricas ou práticas sobre o assunto e o pouco conhecimento que tem da matéria decorre do estudo realizado para aprovação em concurso público.

O cidadão destinatário do sistema de previdência nem sequer conhece seus direitos e quando se destina ao órgão gestor conta com a falta de conhecimento dos agentes públicos que lhe atendem, fato que gera a judicialização dos conflitos, muitos deles, diga-se de passagem, de fácil resolução.

O problema aumenta ainda mais quando se nota que o juiz que julgará esse tipo de demanda também não teve o contato com o tema quando da realização do curso universitário e em seu concurso para ingresso na carreira foi obrigado a enfrentar questões de múltipla escolha em número não superior a cinco questões dentro de um universo de cem que lhe são destinadas.

Para completar o quadro, o advogado que defende o estado e o que defende o cidadão também muitas vezes não tiveram a matéria na universidade, ou seja, todos os envolvidos não enfrentaram nenhum dos pilares trazidos por Lópes (investigação, docência e extensão).

Há aqui um claro desprezo com direitos consagrados na constituição da república, pois de uma só vez estão sendo deixados de lado o direito à educação, à previdência e assistência social, ao devido

processo legal com direito a uma sentença de mérito que, diga-se de passagem, tem o dever de ser justa.

Percebe-se que nesse contexto não está ocorrendo a denominada “qualidade acadêmica e integração social”, e mais, não se está dando aos cidadãos a interpretação constitucional ótima, ou seja, àquela capaz de responder aos anseios atuais.

Aqui ainda resta claro que a falta de políticas de extensão traz como resultado o emparedamento do conhecimento dentro dos “muros” da universidade e o total desconhecimento e/ou desprezo do que ocorre na sociedade que lhe cerca e que dela espera ansiosamente uma resposta.

Somente a experiência poderá demonstrar para a instituição universitária que ela não está preparando e não está investigando o contexto social de maneira satisfatória, logo, não está cumprindo a missão de ter *“um papel transformador na sociedade. O capital da universidade é o cérebro. O papel da universidade é desenvolvê-lo. As universidades devem desenvolver mentes criativas para resolver os problemas do futuro das sociedades e da humanidade.”*¹⁸

Objetivos específicos

Investigar o texto constitucional dos países pesquisados e as legislações ordinárias que tratam dos direitos previdenciários e assistenciais, bem como do sistema educacional superior, em especial o da graduação, verificar e conceituar a autonomia universitária e extrair os direitos e deveres decorrentes desta autonomia, em especial a possibilidade ou não de currículos obrigatórios para os cursos de graduação, apresentar o panorama das sociedades pesquisadas e os reflexos sociais decorrentes das políticas sociais e educacionais existentes e ao final, caso seja necessário, apontar as falhas cometidas pelo sistema atual e criar novas possibilidades para apagar as lacunas existentes na atual grade curricular do curso de direito.

18 [http://www.sefidvash.net/publications/78%20\)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf](http://www.sefidvash.net/publications/78%20)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf) (acesso em 20 de abril de 2.014)

Relevância do projeto

A relevância do projeto se faz na medida em que a sociedade dos países investigados apresenta novas demandas e a universidade, no que diz respeito ao tema investigado, não apresentou respostas condizentes no sentido de suplantar as novas necessidades, seja preparando profissionais, seja preparando pessoas que possam auxiliar no crescimento de todo o corpo social.

Percebe-se que, sobretudo nos países periféricos, há ainda uma dificuldade em realizar a implementação de políticas sociais. Os estados têm o dever de prestações que garantam a existência de um mínimo existencial que traga dignidade, autorrealização e autodeterminação a seus destinatários, porém, parece não haver sequer realização de políticas educacionais que possibilitem a criação de uma massa de pessoas com senso crítico e conhecimento de direitos, podendo assim ser manipulada e excluída.

Justifica-se então o presente trabalho, sobretudo pelos problemas apresentados pelo sistema de proteção social, falta de conhecimento dos que dela necessitam dos que com ela trabalham, dos gestores do sistema, dos operadores do direito e até de membros do poder judiciário, incumbidos do julgamento dos casos que envolvem esta importante proteção de direitos. Prova disso é o vertiginoso aumento das demandas judiciais em desfavor do Estado.

Conclusão

Com a educação universitária o fenômeno não foi distinto pois advertiu, López (2010) que a extensão surgiu como uma terceira viga mestra da educação universitária, atrás das já existentes investigação e docência.

Justamente por observar tais situações é que se tem defendido que a extensão e transferência universitária buscam a realização de intercâmbio sócio-cultural. Um professor deve ter conhecimento claro do que está se passando, por exemplo no bairro em que está inserida sua

instituição de ensino para que investigue os problemas existentes, suas origens e logicamente, as possíveis respostas para resolução deles.

Ao fazer tal investigação pode atuar de maneira interdisciplinar para que cada parte aprofunde o objeto de estudo e apresente não só aos docentes, como aos discentes um objeto de investigação para que se busque uma resposta mais satisfatória e que ampare toda gama de situações vivenciadas por aquele corpo social, pois ele apresenta uma trama de relações e por consequência, situações peculiares e particulares.

Na constituição brasileira existe inclusive instrumento específico para esses casos. É denominada “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

Trazendo esse pensamento para a realidade vivenciada pelos estudantes de direito, percebe-se que em instituições onde existe a extensão e transferência, que na prática se traduz como escritórios de advocacia bancados pela instituição onde alunos fazem o atendimento dos destinatários, estudam o caso, desenvolvem teses, participam de audiências em juízo, sempre orientados e supervisionados por docentes designados, há uma evolução de todo o corpo social, pois os destinatários se sentem prestigiados e amparados. Os alunos se sentem mais dispostos a estudar e entender as necessidades do envolvido passam a ter conhecimento de uma realidade social quase sempre muito distante da que ele tinha até aquele momento, além da universidade passar a cumprir o seu papel de forjar pessoas melhores e mais conscientes de seu papel em sociedade.

Vale a ressalva de que a extensão deve ser no mínimo essa acima detalhada e não aquela em que a instituição apenas solicita que o aluno assista audiências como ouvinte e comprove essa presença para garantir a aprovação.

A diferença se faz justamente no momento em que o aluno e o professor mergulham no corpo social e buscam entender aquela realidade, identificam suas carências e buscam a efetivação de situações de melhoria para os envolvidos, independentemente de o resultado ser ou não alcançado.

Assim se faz academia de qualidade com integração social, que nos dizeres de Camilloni (2010) ocorre quando a universidade *“forma profesionales creativos, capacita a graduados en la misma universidad y en sus lugares de trabajo, produce bienes y proporciona servicios, desarrolla trabajos de consultoría para sectores públicos y privados, y produce sistemáticamente conocimiento a través de la investigación, lo cual la distingue de las otras instituciones de educación superior, una actividad que desarrolla no sólo en el campo de las ciencias básicas sino también en las ciencias aplicadas, en desarrollo y tecnología, en artes y humanidades. Todo esto en un contexto en el que el factor humano es el más importante de los medios de producción y en el que es necesario crear y recrear constantemente redes de innovación en las que todos deben ganar en mayor conocimiento y velocidad de actualización tanto en los programas de formación inicial y continua cuanto en los de investigación.”*¹⁹

A velocidade de atualização, principalmente no caso da educação universitária no campo do direito, que é o objetivo desse trabalho, deve se dar ainda no sentido de perceber quais as situações de conflitos estão crescendo dentro de uma sociedade para que se possa realizar estudos direcionados a essas situações, dando assim aos operadores bases sólidas para edificar a discussão.

No Brasil atualmente se percebe uma grande lacuna nas universidades de direito e que poderiam, ou melhor, deveriam ser supridas pela universidade dentro dos três pilares elencados por Lópes.

O envelhecimento da população brasileira e o aumento das doenças que impossibilitam temporária ou definitivamente o cidadão para o trabalho é fenômeno conhecido.

A área do direito que cuida de tal assunto é o denominado “direito previdenciário” e o órgão responsável pela gestão do sistema de benefícios é uma autarquia federal denominada “Instituto Nacional do Seguro Social”.

Sabe-se que o maior litigante atual no Brasil é justamente o Instituto Nacional do Seguro Social. Quem milita na área entende rapidamente o motivo pelo qual o número de demandas judiciais nesta área ocorre,

19 CAMILLONI, Alicia R. W. de. Calidad académica e integración social.

muito embora o pedido inicial seja feito em esfera administrativa e não judicial.

Entre os elementos causadores se pode apontar de início a não obrigatoriedade da matéria nos cursos de direito. Notem que as demandas que mais aumentam em uma nação passam por uma área importantíssima que está elencada na Constituição como direito fundamental e que vem sendo desprezada pela universidade.

Assim, os agentes públicos que trabalham na autarquia não tiveram bases teóricas ou práticas sobre o assunto e o pouco conhecimento que têm da matéria decorre do estudo realizado para aprovação em concurso público.

O cidadão destinatário do sistema de previdência nem sequer conhece seus direitos e quando se destina ao órgão gestor conta com a falta de conhecimento dos agentes públicos que lhe atendem, fato que gera a judicialização dos conflitos, muitos deles, diga-se de passagem, de fácil resolução.

O problema aumenta ainda mais quando se nota que o juiz que julgará esse tipo de demanda também não teve o contato com o tema quando da realização do curso universitário e em seu concurso para ingresso na carreira foi obrigado a enfrentar questões de múltipla escolha em número não superior a cinco questões dentro de um universo de cem que lhe são destinadas.

Para completar o quadro, o advogado que defende o estado e o que defende o cidadão também muitas vezes não tiveram a matéria na universidade, ou seja, todos os envolvidos não enfrentaram nenhum dos pilares trazidos por López (investigação, docência e extensão).

Há aqui um claro desprezo com direitos consagrados na constituição da república, pois de uma só vez estão sendo deixados de lado o direito à educação, à previdência e assistência social, ao devido processo legal com direito a uma sentença de mérito que, diga-se de passagem, tem o dever de ser justa.

Percebe-se que nesse contexto não está ocorrendo a denominada “qualidade acadêmica e integração social, e mais, não se está dando aos cidadãos a interpretação constitucional ótima, ou seja, àquela capaz de responder aos anseios atuais.

Aqui ainda resta claro que a falta de políticas de extensão traz como resultado o emparedamento do conhecimento dentro dos “muros” da universidade e o total desconhecimento e/ou desprezo do que ocorre na sociedade que lhe cerca e que dela espera ansiosamente uma resposta.

Somente a experiência poderá demonstrar para a instituição universitária que ela não está preparando e não está investigando o contexto social de maneira satisfatória, logo, não está cumprindo a missão de ter *“um papel transformador na sociedade. O capital da universidade é o cérebro. O papel da universidade é desenvolvê-lo. As universidades devem desenvolver mentes criativas para resolver os problemas do futuro das sociedades e da humanidade²⁰”*.

Referência

CAMILLONI, Alicia R.W. de. Calidad académica e integración social. UNCU, 10 de novembro de 2010.

COSCARELLI, Maria Raquel. Formación en el campo de la extensión universitária. **Revista Electrônica sobre Extensão Universitária**. N.1. Jul. de 2010.

COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev , atual. e ampli. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

KENNEDY, Duncan. **La enseñanza del derecho como forma de acción política**. 1. ed. 1. rimpr. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores, 2014.

20 [http://www.sefidvash.net/publications/78%20\)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf](http://www.sefidvash.net/publications/78%20)%20O%20papel%20Da%20UNiversidade%20.pdf) (acesso em 20 de abril de 2.014)

LÓPES, Marcelo Luis. Extension universitária. Problematización y orientaciones para gestionar el área. **Revista de Universidad e Sociedad del Conocimiento**, v.7, n.2, jul, p. 1-8, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2012.

A RENOVAÇÃO DO ENSINO DO DIREITO PELA LITERATURA: WARAT, CRONÓPIOS, FAMAS E A DEMOCRACIA¹

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori²

*Hay un piso de arriba en esta casa con otras gentes.
Hay un piso de arriba donde vive gente que no sos-
pecha su piso de abajo, y estamos todos en el ladrillo
de cristal. (Cortázar)*

Introdução

O ensaio pretende homenagear o pesquisador e professor Luis Alberto Warat (1942-2010) ao mesmo tempo que retoma aspectos de sua produção teórica desenvolvida no calor da década de oitenta do século passado, por ocasião dos finais das ditaduras militares no Brasil

-
- 1 Este ensaio tem como ponto de partida a participação da autora, juntamente com os professores Lenio Streck e Daniel Conte, no programa de TV “Direito e Literatura” de número 117 dedicado à obra “História de Cronópios e de Famas” (Disponível em: <<http://www.unisinos.br/direitoeliteratura/>>) e foi elaborado no marco do Projeto de Pesquisa “Programas, Planos e Ações na Efetivação de Direitos no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano”, contemplado no Edital Universal CNPq n. 014/2013.
 - 2 Doutora pela UFSC. Professora da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito do Unilasalle – Canoas (RS). EMAIL: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

e na Argentina. As palavras emocionadas do professor no dia da morte de Júlio Cortázar³ (1914-1984), servem hoje como mote de introdução: partindo de Cortázar, chegar à ideia de Warat sobre a Democracia como espaço de conflito e de um Direito cuja função primordial seja a de garantir os direitos e a própria existência do conflito.

Trata-se de um ensaio transdisciplinar, na medida em que, a iniciar pela literatura, transita pelo Direito e pela Sociologia e termina por refletir sobre a filosofia política. Situadas as questões, se descobre que a realização de Luís Alberto Warat consiste em trabalhar com o que em outro lugar, Marilena Chauí – a propósito da obra de Claude Lefort – chama de “enigma da obra”. No caso, Cortázar, lido por Warat existe simultaneamente no texto do escritor e no texto de seus leitores, instituindo um debate interminável e fecundo. Tudo isso a partir da compreensão de que uma obra de pensamento é aquela que “ao pensar, dá a pensar” enfatizando a diferença entre a escrita e uma leitura que em vez de fechar o pensar sobre si mesmo, o abre. (CHAUÍ, 1983, p. 13).

A primeira parte, com ênfase na literatura de Cortázar, abordará a obra “História de crônopios e de famas” e as possibilidades da escrita tão típica deste autor, baseada em fragmentos, servindo de “método” para a abordagem de Luis Alberto Warat. Serão acrescentadas as primeiras elaborações teóricas no sentido de desconstrução do discurso jurídico através da classificação de Cortázar. Na sequência, pretende-se demonstrar que a desconstrução do discurso jurídico waratiana desaguará no conceito de senso comum teórico dos juristas e nos seus aportes sobre a Democracia como espaço de conflito. Finalizando, para consolidar esta perspectiva são acrescentadas contribuições de autores da filosofia política bem como da sociologia e da filosofia do direito, tais como Claude Lefort e Alain Touraine.

3 “Cortázar [...] morreu [...] ficando desde agora, só Cortázar nos outros. Daqui em diante, unicamente em nós dependerá que seu modo de iluminar tudo o que nos olhava, descobrindo o que nós não víamos, ou víamos dentro de lugares-comuns, não se perca como um lugar literário.” (WARAT, 1985, p. 52).

O método: partir dos fragmentos de “Histórias de cronópios e de famas”

O livro de Júlio Cortázar “Histórias de cronópios e de famas”, publicado pela primeira vez em 1962, tem como cenário, além das praças e ruas de Buenos Aires, lugares como um *malecón*⁴ que avança sobre o mar e a noite no fim da zona costeira de Amalfi, e é composto por uma coletânea variada de fragmentos, fantasias, improvisações e anotações incomuns. Sua escrita reflete um “humor melancólico”, irônico, politizado, respira poesia, denunciando um mundo em que o sentido do humano se perdeu pelos hábitos ou práticas repetidas, como na percepção dos movimentos automatizados que se faz quando se sobe uma escada.

As escadas se sobem de frente, pois de costas ou de lado tornam-se particularmente incômodas. [...] Para subir uma escada começa-se por levantar aquela parte do corpo situada em baixo à direita, quase sempre envolvida em couro ou camurça e salvo algumas exceções cabe exatamente no degrau. (CORTÁZAR, 2011, p. 14-5).

Outras vezes, são fragmentos desconcertantes com uma pitada de ingenuidade calculada, trabalhando com os diferentes sentidos e contextos em que as palavras são enunciadas, como quando ele menciona os jornais já lidos:

Um senhor pega um bonde após comprar o jornal e pô-lo debaixo do braço. Meia hora depois, desce com o mesmo jornal debaixo do mesmo braço. Mas já não é o mesmo jornal, agora um monte de folhas impressas que o senhor abandona num banco da praça. (CORTÁZAR, 2011, p. 45).

4 “Murallón o terraplén que se hace para defenderse de las aguas; [...] muelle” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, p. 1297).

Ao mesmo tempo, Cortázar luta contra a tendência de só se praticar coisas úteis. É possível perceber o anti-utilitarismo⁵ de Cortázar no fragmento “Simulacros” em que a família⁶ se une em torno do objetivo de descobrir sempre novidades dentre as coisas inúteis, sem importância, “em um país em que as coisas são feitas por educação ou fanfarronada”. Na ocasião, o objetivo é a construção de um patíbulo. Depois de escolher o local, o jardim da frente, conseguir madeiras, ferros, pregos, discutir a qualidade dos instrumentos de suplício, começa a construção. Com tanta azáfama, acabam por despertar a curiosidade dos vizinhos, sendo interpelados pela polícia. A terceira irmã consegue facilmente convencer o policial de que a família construía dentro de sua propriedade e que se tratava de uma obra que só o uso lhe conferiria um caráter *anticonstitucional*. (CORTÁZAR, 2011, p. 18-21).

A escrita de Cortázar também brinca para denunciar. No fragmento “Comportamento nos Velórios”, a família comparece em grupo a velórios, não porque tenha que ir, e sim como uma reação aos comportamentos hipócritas que ocorrem por ocasião da morte de alguém.

5 O antiutilitarismo, ou a libertação do homem de sua existência utilitária, é um dos objetivos do Surrealismo, movimento de difícil definição cujos criadores são unânimes em afirmar que se iniciou com um movimento de ideias que pretendeu estender-se a outros campos do pensamento e da atividade humana. Pretendia produzir uma arte que, segundo o movimento, estava sendo destruída pelo racionalismo. Para tanto, humor, sonho e a contra lógica são recursos a serem utilizados, enfatizando o papel do inconsciente na atividade criativa. Segundo os surrealistas, a arte deve se libertar das exigências da lógica e da razão e ir além da experiência cotidiana, buscando expressar o mundo dos sonhos e do inconsciente. No início de seu “Manifesto”, André Breton diz “L’homme, ce rêveur définitif, de jour en jour plus mécontent de son sort, fait avec peine le tour des objects dont Il a été amené à faire usage, et que lui a livrés sa non chance, ou son effort presque toujours, car Il a consenti à travailler, tout au moins Il n’a pas repugné à jour sa chance.” (BRETON, André. Manifestes du surréalisme. Paris: Galimard, 1972, p. 11; FORTINI, Franco. El Movimiento surrealista. Mexico: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1962, p. 32).

6 No livro, Cortázar constrói uma família, moradora da rua Humboldt em Buenos Aires, como personagem de vários de seus fragmentos. A família se reúne para realizar tarefas coletivas com extremo bom humor, sendo que as referências aos seus integrantes são feitas de acordo com o parentesco com o narrador: minhas irmãs menores, as tias mais velhas, meu pai, etc.

A prima mais velha é encarregada de investigar a natureza do luto: se for um luto verdadeiro, a família fica em casa e faz companhia de longe. Todavia, se existir alguma suspeita de que “foram armadas as bases de uma encenação” a família toda comparece e acaba por tomar conta do velório, chorando mais que os familiares e comandando todos os rituais da morte. (CORTÁZAR, 2011, p. 34-5).

Seu texto revela uma escrita altamente comprometida politicamente com o seu local de origem e o seu tempo histórico. Ele critica o autoritarismo latino-americano, os ditadores, e mesmo a sociedade de consumo. No fragmento “Fim do mundo sem fim”, imagina um futuro em que existirão poucos leitores e muitos escribas, o que fará com que o mundo seja inundado de livros. A solução que o Presidente da República encontra - de modo surrealista e de certa forma capaz de até antecipar preocupações ecológicas nos leitores -, é lançar ao mar o excedente dos livros, conforme se pode observar a seguir:

O Presidente da República telefona para os presidentes das repúblicas e propõe inteligentemente jogar no mar o excedente de livros, o que se faz ao mesmo tempo em todas as costas do mundo. Assim os escribas siberianos vêem seus impressos jogados no oceano glacial e os escribas indonésios etc. Isso permite aos escribas aumentarem sua produção, porque volta a haver espaço na terra para armazenar livros. Não pensam que o mar tem fundo, e que no fundo do mar começam a amontoar-se os impressos, primeiro em forma de pasta [...]. (CORTÁZAR, 2011, p. 50).

Para além do conteúdo, a própria escrita destes pequenos textos conhecidos como fragmentos pode ser vista como uma técnica. Como afirma Julio Silva⁷, todo escritor guarda textos soltos, e no caso de

⁷ Artista, pintor, gráfico e coautor junto com Cortázar de *aventuras literárias y librescas* tais como “Último Round” e “La Vuelta al día en ochenta mundos”.

Cortázar eles às vezes são à base de uma história que se desprende depois.

Creo que el trabajo con Cortázar fue un encuentro, una necesidad y una diversión haciendo algo con una Idea precisa; esos pequeños textos son muy importantes porque a veces son la base de una historia que se despliega después; como un pintor que primero hace un croquis y después lo despliega en un cuadro. Todo escritor guarda textos sueltos [...] Esos textos constituyen la base de esos libros. Es como poner un huevo en una incubadora, y luego sale un pollito, la gallina, el gallo o lo que sea, pero ya estaba en incubación; el hecho de imprimirlo, el texto pasa de la incubadora al ojo del lector que lo recrea. Yo creo que un lector sin pistas no es un lector, toma las cosas digeridas pero sin buscar, hay que dar una llave y con esa llave tratar de encontrar.⁸

Conforme se verá a seguir, os fragmentos serão um instrumento que será percebido e utilizado por Luis Alberto Warat na produção de algumas obras, tais como “A ciência jurídica e seus dois maridos”.

Cronópios, famas e esperanças

Warat percebe a intenção provocativa de Cortázar na classificação dos tipos em cronópios, famas ou esperanças – tidos como “estados de alma”- fazendo sua esta classificação e acrescentando detalhes muitas vezes jurídicos. Sobre a natureza dos cronópios veja-se o que diz Warat:

Provavelmente sejam os sobreviventes, fragmentos esparsos de alguma horda angelical de antepassados do homem que conseguiram perdurar

8 SILVA, Julio; LUNA CHAVES, Marisol. Papeles, trazos y testimonios. **Revista de la Universidad de Mexico**. Disponível em:<<http://www.revistadelauniversidad.unam.mx>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

nos corpos de alguns vírus para tomar, às vezes o sangue de alguns homens, despertando-os para a vida. Esboços de um sonho de loucura. (WARAT, 1985, p. 50).

Os cronópios são “homens” sensíveis, empenhados em redescobrir o sentido da vida, com estranha poesia, humor adstringente, pluriformes e pluricromáticos.

A forma dos cronópios é a loucura. Eles cantam como as cigarras, indiferentes aos semio-suicidas coletivos do cotidiano e, quando cantam, esquecem tudo, até a conta dos dias. Os cronópios levam as significações impressas sobre o corpo, pensam que as leis poderiam perder terreno às exceções, acasos e improbabilidades. [...] Os cronópios entendem que, apelando aos preconceitos, nunca se pode estar no novo. Dono de um discurso desligado, vale-se dele para não ser militante de nada e nem de coisa alguma. Nem sequer é soldado de sua loucura. [...] Se algum cronópio tomasse o poder, perdê-lo-ia instantaneamente. Os vizinhos sempre se queixam dos cronópios. O tempo só existe para ele quando serve para medir o intervalo que o separa de algo que lhe dá muito prazer. Os cronópios não são generosos por princípio: eles não olham para quem sofre, estão mais ocupados em seguir a baba do diabo. (WARAT, 1985, p. 50).

Já os famas, são seres prudentes, acomodados, acinzentados, incapazes de se afastar da semiologia dominante. Diferentemente dos cronópios, os famas sabem tudo da vida prática, suas recordações são embalsamadas, seu presente é igual ao seu passado.

Quando um cronópio enche a rua de sua casa com pasta de dentes, o fama organiza uma reunião de vizinhos para ir protestar de forma regular e oficial. Os famas não se apuram em mudar o mundo,

e deixam que o mundo os dissolva. Quando uma desigualdade social os toca, gritam com força: que vergonha, filhos de uma má mãe, e vão para seu clube achando-se muito bem, e pensando na maneira como se comprometeram socialmente. Sua profissão predileta é de serem advogados. (WARAT, 1985, p. 50).

Quando Warat afirma que os famas são advogados ele deixa uma primeira “pista” da utilização que pretende dar à classificação de Cortázar: aproveitar o tema para fazer os seus leitores, oriundos do mundo jurídico, refletir sobre a sua prática⁹. Retornando a Cortázar, neste momento cabe lembrar que os famas até podem concordar com os cronópios em que a lei é injusta, mas eles não irão desobedecê-la, conforme pode ser visto no fragmento “Cole o selo no ângulo superior direito do envelope” no livro de Cortázar. Impossível não reconhecer o aspecto fama da sociedade pós-ditadura militar sul-americana quando Warat comenta:

Estou escrevendo em plena praia Bristol, um lugar onde a classe média argentina **se simula** descansando em meio de barracas cativas, mesas de truco e pôquer, vistas e barracas de outros [...] – sem ver o mar – programadas com um mês de antecipação. [...] É uma conversa sem assunto que vai passando de geração a geração, este ano apresentando como variação, para dissimular o tédio, um papo furado e até insultante sobre os desaparecidos. Enfim, uma maneira farmacêutica de relacionar-se com o mar. (WARAT, 1985, p. 24).

9 Logo após, Warat, em tom brincalhão, irá fazer referência a um grupo de alunos e interlocutores brasileiros que o acompanham na década de oitenta em Santa Cruz do Sul (RS). “O fama, como diz o meu amigo Lênio Streck, tem o cotidiano agendado. Se perde sua agenda, perde parte de sua vida. Quando os “famas tomam o poder militarizam o cotidiano.” (WARAT, 1985, p. 1985).

Por sua vez, as esperanças, como o próprio significado do termo indica, são como uma promessa que não se cumpre¹⁰. Não há negociações, é o que afirma Cortázar: não há saídas. É preciso buscar a saída e não ficar esperando a salvação. Veja-se o que diz Warat,

Esperanças: As esperanças sedentárias deixam-se viajar pelas coisas e pelos homens, e são como as estátuas. É preciso ir vê-las, porque elas não vem até nós. [...] As esperanças vivem graças ao espírito cartesiano, não suportam as ingerências, detestam os fomas sem admitir que elas, quando fazem seus raciocínios analíticos, os copiam. [...] Quando uma esperança leciona em uma universidade, não conhece seus alunos e por isso os trata bem, no final não lhe importam nada. Quando as esperanças tomam o poder, falam em democracia. (WARAT, 1985, p. 51).

Para Ernst Bloch, a esperança é o resíduo de uma “fome originária”, característica do momento de indiferenciação entre sujeito e objeto. Quando sujeito e objeto estão separados, é ela que anima o sujeito em seu desejo de reunir-se com o objeto, apontando sempre para o futuro, sendo o constante “ainda não”. Esta concepção de esperança está ligada ao materialismo dialético, fundada na realidade e orientada para um futuro ideal e utópico.

Por la esperanza se va haciendo posible que el sujeto se objetivice y el objeto se subjetivice y que, como Marx indicaba, la historia se naturalice y la Naturaleza se historicice. [...] La esperanza, como la

10 No primeiro fragmento da obra, Cortázar menciona o sentimento da esperança: “Não pense que o telefone vai lhe dar os números que procura. Por que haveria de dá-los? Virá somente o que você tem preparado e resolvido, o triste reflexo de sua esperança, esse macaco que se coça em cima de uma mesa e treme de frio. Quebre a cabeça do macaco, corra do centro em direção à parede e abra caminho. Oh, como cantam no andar de cima! Há um andar de cima nesta casa, com outras pessoas.” (CORTÁZAR, 2011, p. 6).

libertad, se va creando y haciendo a sí misma, sin completarse jamás en un puro ‘objeto’ indiferenciado. (FERRATER MORA, 2004, p. 1095).

Esta situação é demonstrada no fragmento de “Histórias de cronópios e de famas” em que Cortázar menciona a “fé” das esperanças na ciência (“Sua fé nas ciências”). Uma esperança que acreditava nos tipos fisionômicos, decide fazer a classificação definitiva destes tipos com respeito à característica do nariz achatado. Com o passar do tempo a esperança acaba por perceber que os tipos se subdividem ainda mais, nariz achatado bigodudo, do tipo lutador de boxe e do tipo contínuo de ministério. Ao final acaba por descobrir - de modo a salientar a própria ingenuidade dos esperanças/cientistas - que a única coisa que os portadores dos tipos fisionômicos tinham em comum era o propósito de continuarem bebendo a custa do pesquisador.

Neste ponto, Warat, introduz a expressão “piantado”¹¹ –retornando de certa forma à compreensão original dos cronópios como fragmentos que perduram em corpos de vírus - para designar o estado necessário para ver cronópios e famas.

Piantado: Em italiano ‘mandar-se a mudar’. Neologismo que define um tipo particular de louco, ou maluco que não se crê normal se pensa

11 Provável alusão à composição musical “Balada para un loco” (música de Astor Piazzola e letra de Horácio Ferrer) de 1966, considerada um dos marcos do *nuevo tango*, bem como um “tango surrealista” pelas inovações musicais e pelo próprio conteúdo da letra. “Las tardecitas de Buenos Aires tienen ese qué sé yo, ¿viste? Salís de tu casa, Arenales. Lo de siempre: en la calle y en vos... Cuando, de repente, de tras de un árbol, me aparezo yo. Mezcla rara de penúltimo linyera y de primer polizonte en el viaje a Venus: medio melón en la cabeza, las rayas de la camisa pintadas en la piel, dos medias suelas clavadas en los pies, y una banderita de taxi libre levantada en cada mano. ¡Te reís! ... Pero sólo vos me ves: porque los maniqués me guiñan; los semáforos me dan tres luces celestes, y las naranjas del frutero de la esquina me tiran azahares. ¡Vení! Que aí, médio bailando y médio volando, me saco el melón para saludarte, te regalo una banderita y te digo ... [cantado] Ya se que estoy piantao, piantao, piantao. No ves que va la luna rodando por Callao; que un curso de astronautas y niños, con un vals, me baila alrededor... ¡Baila! ¡Vení! ¡Volá! [...]”. Disponível em: <<http://musicaesparsa.wordpress.com/2011/04/02/balada-para-un-loco>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

muito nisto, pois os normais se parecem mais a um juiz de plantão. Para entender um louco convém ser psiquiatra, para entender um piantado basta o bom humor, a loucura é uma saída, plantar-se e ver chegar cronópios. (WARAT, 1985, p. 52).

Ao mesmo tempo, introduz também a expressão “ponto vélico”, fazendo alusão a um ponto de convergência na estrutura do navio, ponto este misterioso até para o construtor. O “ponto vélico” do fantástico traduz o limite a partir do qual “aprendemos finalmente a não surpreender-nos de nada.” (WARAT, 1985, p. 51-52).

É possível perceber a partir do uso e da compreensão waratiana da classificação de Cortázar, o futuro desenvolvimento de sua obra em direção ao surrealismo.¹²

O caminho de Warat: Da escrita de Cortázar à Democracia

Warat se pergunta: será que os juristas conseguirão proteger a liberdade das ideias mais que a propriedade? E responde: caso se tenha em mente o saber vulgar ou o senso comum teórico dos juristas, a resposta provavelmente será não. Somente a crítica do discurso jurídico através da conexão entre Direito e Democracia, garantindo pluralidade ao discurso jurídico, poderá oferecer uma solução de sentido ao problema. Assim, a Democracia é vista como forma de governo ou forma de convivência na e da sociedade atual capaz de assegurar a legitimidade do sistema, o Direito e a própria obediência.

- Poderão os juristas, construir uma máscara que lhes provoque uma ardente aspiração à extrema liberdade das idéias? Poderão proteger a liberdade mais que a propriedade? O saber vulgar que os juristas identificam como a sua ciência nos leva a respostas negativas. A ciência jurídica clássica

12 Nos anos seguintes Warat lançaria “O Manifesto do Surrealismo Jurídico” (São Paulo: Acadêmica, 1988.).

unicamente serve para descrever os mecanismos que reprimem o eu. Por tabela ela reforça os mecanismos simbólicos da militarização do cotidiano. [...] poderíamos pensar o direito como um espaço para garantir o plural dos desejos. (WARAT, 1985, p. 37).

O Direito na sociedade contemporânea corre sempre o risco de assemelhar-se ao que Cortázar conta no fragmento “O particular e o universal”, em que o cronópio em seu terraço, “possuído de imensa alegria ao ver o sol da manhã e as maravilhosas nuvens que corriam no céu”, começa a apertar a pasta de dentes que cai nos chapéus dos famas que estavam na rua. “Os pedaços de pasta cor-de-rosa caíam nos chapéus dos famas, enquanto lá em cima o cronópio cantava e esfregava os dentes cheios de contentamento.” Os famas indignados, nomeiam uma delegação que além de exigir uma indenização por terem estragado seus chapéus, também pretende disciplinar o comportamento do cronópio, eis que acrescentam o seguinte detalhe: “- Cronópio, você não devia desperdiçar a sua pasta de dentes!” (CORTÁZAR, 2011, p. 84).

A leitura de Cortázar havia gerado em Warat o que ele confessou como sendo “a liberdade de usurpar sem culpa” e de fazer o autor “estalar o sentido precário de um romance sobre o imaginário”. A partir de então, seu ponto de partida para criticar o discurso jurídico será o da linguagem, a percepção de que a sociedade contemporânea caracteriza-se pelo consumo de “significados castrados”. Trata-se de uma cultura em que o que há de mais vital não é a falta, e sim o excesso. “Os homens estão tão repletos de estereótipos, de *prêt-à-parler* [...] que não há espaço dentro deles para a criatividade.” (WARAT, 1985, p. 15, 17).

E a linguagem ocupa papel chave neste processo,

Qualquer dominação começa por proibir a linguagem que não estava prevista e sancionada. [...] É um imaginário onde se produz um frágil equilíbrio entre castrações e sublimações e que faz crer que roto, o homem tende ao autoritarismo. Nesse sentido o discurso jurídico existe para fazer crer que há menos autoritarismo. (WARAT, 1985, p. 18).

Em Cortázar isto fica evidente no fragmento “Como vai, López?” quando ele denuncia a repetição de ações preestabelecidas para demonstrar sentimentos.

E os gestos de amor, esse doce museu, essa galeria de figuras de fumaça. Console-se a sua vaidade: a mão de Antônio procurou o que sua mão procura, e nem aquela nem a sua procuravam nada que já não tivesse sido encontrado desde a eternidade. Mas as coisas invisíveis precisam encarnar-se, as idéias caem no chão como pombas mortas. O verdadeiramente novo assusta ou deslumbra. Essas tuas sensações, igualmente perto do estômago, acompanham sempre a presença de Prometeu; o resto é o conforto, o que sempre sai mais ou menos bem; os verbos ativos contém o repertório completo. Hamlet não duvida: procura a solução autêntica e não as portas da casa ou os caminhos já percorridos por mais atalhos e encruzilhadas que eles proponham. Quer a tangente que destrói o mistério, a quinta folha do trevo. Entre sim e não, que infinita rosa-dos-ventos. Os príncipes da Dinamarca, esses falcões que preferem morrer de fome a comer carne morta. (CORTÁZAR, 2011, p. 54).

No fragmento, Cortázar denuncia uma linguagem sempre pobre para expressar ideias e sentimentos. As pessoas – diferentemente do Hamlet de Shakespeare – usam fórmulas prontas.

O mesmo pode ser observado no fragmento “Acefalia” (3ª. parte de “Material Plástico”). No caso, o personagem é um corpo decapitado que lembra as palavras finais do capelão do cárcere:

Só lhe faltava ouvir e justamente então ouviu, e foi como uma lembrança, porque o que ouvia era de novo as palavras do capelão do cárcere, palavras de conforto e de esperança, muito bonitas em si, pena que com certo ar de usadas, de ditas muitas vezes, de gastas à força de soar e ressoar. (CORTÁZAR, 2011, p.51-2).

Por sua vez, na “Pequena história destinada a explicar como é precária a estabilidade dentro da qual acreditamos existir, ou seja, que as leis poderiam ceder terreno às exceções, acasos ou improbabilidades, e aí é que eu quero ver...”, Cortázar brinca com o tema de um mesmo significante para muitos significados e a confusão que isso pode acarretar. A desapareição trágica de todos os integrantes de um organismo econômico, um “acaso do destino” ou coincidência, faz com que todos os seus substitutos tenham o nome de Félix, situação que leva a uma “horrrível confusão” e ao descrédito da mídia. (CORTÁZAR, 2011, p. 47-8).

Warat refere-se também a “comodidade do lugar comum” dos discursos jurídicos. Será necessário atingir o “ponto vélico”, isto é, aquele momento inesperado capaz de produzir a faísca capaz de questionar o discurso e a prática jurídicas, visto que “A ciência jurídica clássica unicamente serve para descrever os mecanismos que reprimem o eu. Por tabela ela reforça os mecanismos simbólicos da militarização do cotidiano.” (WARAT, 1985, p. 47).

Existe uma semiologia dominante que apelando para a linguagem acaba por determinar modelos de desejos em que

[...] gozar é igual a possuir. Por meio destes modelos o homem não só aceita a hierarquia, como também aprende a amá-las. Todos somos proprietários burgueses de nossos desejos. [...] devemos recuperar a significação desejante, pré-significativa. A história do desejo é inseparável – leio em Guattari – da história da repressão dos sistemas de significação que estabelecem a realidade dominante. [...] O capitalismo para acomodar os indivíduos em seu proveito, impõe modelos de desejo. Assim circulam modelos de infância, de pai, de casamento, todos construídos em nome do dever e da verdade. Desta forma, no centro do desejo, fica instalada, a propriedade. (WARAT, 1985, p. 30).

Neste ponto, Warat afirma categoricamente: reconhecer a existência do conflito na sociedade é duro, é difícil, não leva a uma visão

idílica do futuro. A caminhada é cheia de incertezas, só que não existe opção, eis que o final feliz é uma mentira. (WARAT, 1985).

O mesmo é percebido no texto de Cortázar que ao comentar o encontro de dois amigos, conta

Um senhor encontra um amigo e o cumprimenta, estendendo-lhe a mão e inclinando um pouco a cabeça. Isto é pensa que o cumprimenta, mas o cumprimento já foi inventado e este bom homem não faz mais do que repeti-lo. [...] Quando os sapatos apertam, é bom sinal. Alguma coisa muda aí, alguma coisa que nos mostra, que surdamente nos põe, nos suscita. Por isso é que os monstros são populares e os jornais se extasiam com os bezerros bicéfalos. Que oportunidade, que esboço de grande salto para outra coisa! López vem chegando. - Como vai, López?- Como vai, cara? E é assim como eles acham que estão se cumprimentando. (CORTÁZAR, 2011, p. 54).

No auge da década de oitenta na América do Sul, quando o subcontinente recém despertava de décadas de ditaduras autoritárias, Warat observa, “A democracia não pode ser uma coisa tão incolor como sonham Alfonsín e Tancredo. Que pouco radical é o destino Radical. Que velha me parece a nova república. É a comodidade do lugar comum.” (WARAT, 1985, p.38).

Só que suas análises sobre a Democracia – nas pegadas de Lefort - vão além da mera “representação na esfera da governabilidade.”¹³ Se o

13 O autor também tece críticas ao saber oficial acadêmico, fazendo sugestões, conforme se pode perceber no seguinte trecho: “Na Universidade convivi com muitos adeptos de uma prática de rotulação filosófica impiedosa; aqueles filósofos, os que estavam fora da ortodoxia teórica que reconheciam como boa, eram, por este motivo, classificados como vulgares e desclassificados academicamente por simples. Mas é preciso ver que quando estamos em busca de uma sociedade aberta, à procura de linguagens democráticas, devemos tentar preservar-nos dos modos de produção das distinções sociais. Por certo, cultivando as ambigüidades, torna-se bastante improvável classificar hierarquicamente os homens. Na

cerne da questão democrática reside na obtenção do controle social e coletivo da prática política, é preciso ampliar: “A participação deve ser situada no bairro, na Escola, na Igreja e no lazer; enfim, na vida cotidiana. Dessa forma é que se pode combinar representatividade com democracia de base.” (WARAT, 1985, p. 38, 106).

O senso comum teórico dos juristas

Neste ponto é importante lembrar que Luís Alberto Warat se apropria do texto de Cortázar a fim de pensar o Direito e a Democracia. A apropriação envolve a percepção de que através da literatura de Cortázar é possível apreender as realidades através de enigmas, “como para poder transmutar em loucas as razões, para poder sobreviver socialmente a tantos monstros que, nobre, militar e sensatamente nos governam.” Desse modo o jurista latino-americano recorre a Cortázar por reconhecer que esta é uma leitura inspiradora, são textos que “transpiram por todos seus poros, uma vitalidade ardentemente exposta e comprometida”. E reconhece que ao lado de Barthes, Cortázar é o autor mais anonimamente citado em seus trabalhos. (WARAT, 1985, p. 52-53).

Não é que Cortázar fale diretamente sobre o Direito - o que não descarta uma possível percepção indireta deste objeto em seu texto -, o que se salienta aqui é a sua utilização instrumental no sentido de auxiliar a desconstrução do discurso jurídico, de mostrar as frustrações e os recalques das ditas “verdades científicas”. E isso foi feito por Warat na obra *A Ciência jurídica e seus dois maridos*: “Mostrando a ilusão, o mundo muda algo. Sou portador de uma geração que necessita do sonho e da fantasia para não converter seus membros em bobos da corte.” (WARAT, 1985, p. 53).

vida universitária resulta bastante recomendável a extinção das práticas de classificação hierarquizantes. Elas oferecem a segurança de princípios absolutos de inteligibilidade, mas cancelam os riscos da decifração. Sem este risco, o pensamento fica autoritário.” (WARAT, 1985, p. 105).

Se na esfera do conhecimento, da investigação ou de qualquer raciocínio, método significa a trajetória, as atitudes que são adotadas com vistas a um fim determinado, é possível então afirmar que no caso de Warat, a escrita de Cortázar faz parte de uma “estratégia de investigação”.¹⁴

Como o discurso jurídico tem como meta fazer crer que existe menos autoritarismo, ele acaba por tentar esconder que participa da chamada “cultura detergente”, isto é, uma cultura que pretende apresentar o mundo “sem sujeiras”, fazendo com que os homens fiquem plenos de estereótipos ou de significados castrados. E os textos literários de Cortázar acabam por revelar-se como uma estratégia para a desconstrução deste discurso, conforme afirma Warat (1985, p. 44-47):

Como os jogos infantis, a linguagem de Cortázar não é brincadeira_ aparece como procedimento que tem a ver com a convicção de quebrar a obrigação moral de viver segundo as convenções estabelecidas. Assim é que Cortázar penetra na literatura, jogando com todas as possibilidades da linguagem. [...] Não se termina nunca de saber se um cronópio, quando ensina, constrói ou destrói. Provavelmente construa para destruir ou destrua para construir. Talvez a destruição seja o dobro da construção [...] as verdades jurídicas precisam estar sempre atraídas pelo caos, desafiando a tentação suicida da linguagem. Sempre vale mais um suicida que um zumbi. [...] A vida renasce nas artes.

É uma investigação que do mesmo modo confessado por Bobbio, faz uma aproximação ao seu objeto girando ao seu redor, “com uma manobra que na linguagem militar receberia o nome de ataque pelos

14 Além do recurso a obras literárias como o que está sendo explanado neste ensaio, Warat utilizou-se também de outros recursos, tais como a “carnavalização”. A propósito da carnavalização do ensino do direito, o autor afirma “A carnavalização da sala de aula atrai, seduz como um lugar de transgressão; é um ‘jardim suspenso’ no irreal mundo da universidade que abre uma brecha, para que se sintam queridos em seus impulsos vitais aqueles que nele se instalam.” (WARAT, 1985, p. 114).

flancos”. (BOBBIO, 2000b, p. 307-8). Na marcha de aproximação de Warat, cronópios e famas são partes dos instrumentos usados para desconstruir o cotidiano dos discursos jurídicos.

O problema a ser enfrentado reside em como lidar com as verdades escritas com maiúsculas, os sentidos “congelados” do direito. Neste sentido, a “iluminação” propiciada pela leitura – e mesmo a adaptação - de Cortázar ao mundo dos discursos jurídicos foi capaz de tornar evidente estas situações para, em um momento posterior, possibilitar a desconstrução. Tudo isso é possível ser percebido a partir das seguintes observações do autor:

[...] Cortázar fala de nossos imobilismos, dos engarrafamentos de nossa vida, de como nossas ilusões, nossos costumes, nossos lugares-comuns que nos paralisam, nos deixam atolados enquanto dura a vida. Por que não pensar então também em como as leis, como as verdades que escrevemos com ‘maiúscula’[...] com o sentido adquirido da ordem é o uso juricista da palavra democracia, imobiliza-nos e deixa-nos politicamente atolados. (WARAT, 1985, p. 53).

Será essa preocupação - a necessidade de contar com um conceito operacional que servisse para designar a dimensão ideológica das “ditas verdades jurídicas” e de denunciar a impossibilidade de eliminar este campo da verdade em si - que mobilizará o autor a cunhar o neologismo “senso comum teórico dos juristas”. Conforme ele próprio esclarece, a ideia depende de aceitação de uma ideia anterior, a de que aquilo que filósofos e cientistas chamam de real é “um complexo, um fluxo, de significações, uma rede de signos, um grande tecido de escrituras intercaladas infinitamente.” Assim, no pensamento ocidental o termo realidade é empregado para designar “o traçado polifônico das versões interpretativas”. (WARAT, 1994, p. 13-14; p. 17-18).

O “senso comum teórico dos juristas” compreende “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.” No seu cotidiano,

ao realizar atividades teóricas, práticas e acadêmicas, os juristas são influenciados “por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas” que acabam por anonimamente governar suas decisões e enunciações. (WARAT, 1994, p. 13).

Tais significações são também um instrumento de poder, eis que

Aceitando-se que o Direito é uma técnica de controle social não podemos deixar de reconhecer que seu poder só pode se manter estabelecendo-se certos hábitos de significação. Existe portanto um saber acumulado – difusamente presente nas redes dos sistemas institucionais – que é condição necessária para o exercício do controle jurídico da sociedade. Com isto, estamos ressaltando as dimensões políticas dos sistemas de enunciação. (WARAT, 1994, p. 15).

Um sistema autoritário produz versões do mundo capazes de abstrair as pessoas da história porque necessita “solidificar artificialmente as relações sociais” através da centralização das produções de sentido que enfatizam o Estado através de sublimações semiológicas.

Em suma, a ênfase é dada nos costumes intelectuais tidos como “verdades de princípios” que escondem a esfera política da investigação sobre as verdades ou um conjunto de opiniões comungadas e manifestadas como “ilusão epistêmica”.

A epistemologia do Direito não passa de uma ‘doxa’ politicamente privilegiada. Dito de outra forma, detrás das regras do método, dos instrumentos lógicos, existe uma mentalidade difusa (onde se mesclam representações ideologias, sociais e funcionais) que constitui a vigilância epistemológica pela Servidão do Estado. (WARAT, 1994, p. 16).

É possível então afirmar que isto ocorre em razão da dificuldade de separar nas funções sociais da ciência jurídica as razões teóricas de justificação. E neste nível a verdade está relacionada sempre com processos persuasivos. São as opiniões de sentido comum que conferem confiabilidade às conclusões das argumentações.

Além disso, o senso comum teórico dos juristas atua de modo a questionar a literatura epistemológica padrão das ciências jurídicas. São opiniões aceitas como “imaculadas” sob o invólucro de questões de método que insistem na necessidade de que seja feita a distinção entre ciência e ideologia, mantendo a distinção clássica entre *doxa* e *episteme*. (WARAT, 1994).

A construção da Democracia

É assim que, na caminhada teórica de Warat, envolvendo a desconstrução do discurso jurídico, pode-se perceber que o conceito de Democracia ocupa um lugar central.

Marilena Chauí comentando a “invenção democrática” de Lefort, lembra que a Democracia situa-se entre duas formas históricas do político: o Antigo Regime e o Estado totalitário. No primeiro, “o político devora o social como um órgão do corpo régio; poder, lei e saber, personificados pela unidade corpórea, são identificados e indiferenciados.” No segundo, também o social e o político estão unidos de modo indiferenciado, revelados pelas metáforas orgânicas do Gulag, através do partido-Estado, cujas células passam a constituir o social e “cuja cabeça, Guia Supremo, recoloca o novo nome do *UM*: o Egocrata.” (CHAUÍ, 1983, p. 11).

Nesta perspectiva é que a invenção da Democracia representará a instituição do político como uma novidade: a instituição do social através da “desincorporação” ou perda da eficácia simbólica e pragmática da unidade. Trata-se de um acontecimento extraordinário e “uma revolução que corre pelos séculos”. A Democracia institui a alteridade na espessura do social através do reconhecimento da divisão social e da diferenciação do social e do político, apresentando a capacidade de questionar-se a si mesma enquanto poder e contra-poder sociais.

Pela primeira vez será instituída a ideia dos direitos, diferenciados do Poder, da Lei e do Saber, “que ficam expostos aos conflitos das classes, dos grupos e dos indivíduos e, assim, impedidos de se petrificarem”. A Democracia é invenção porque cria ininterruptamente novos direitos, subvertendo continuamente o estabelecido. (CHAUÍ, 1983, p. 11).

A compreensão de Democracia de Lefort parte da constatação de que em política não existem soluções definitivas. Em seu funcionamento a política produz a Democracia, bem como “o exercício de direitos e a criação de novos direitos, sempre no sentido de que privilégios e carências não podem se universalizar.”¹⁵ A “democracia selvagem”, mais do que evocar a experiência originária do povo, conjura todas as forças sociais, enfatizando o elemento de indeterminação do presente: ela é o espaço de liberdade radical, de criação política. Esta percepção – justamente porque salienta o aspecto de convivência social e de resolução de conflitos - indica que a Democracia está sempre em busca de sua própria definição, afirmando a legitimidade do conflito.

Assim como Kelsen¹⁶, o filósofo francês deixa evidente que a Democracia independe da existência de líderes, acrescentando: “a política democrática não necessita [...] de guia, de partido e consciência de classe, porque a invenção democrática não depende nem das virtudes, nem dos vícios dos governantes, mas da qualidade de suas instituições.”¹⁷

Em sociedades complexas, de massa, altamente tecnológicas e apolíticas, a politização obedece à forma do convencimento por “ideologias” que por sua própria natureza trabalham com estratégias de “doutrinamento” através de fórmulas prontas. Nisso a sociedade atual difere

15 MATOS, Olgária. Uma discussão sobre progresso, laços afetivos e política. Entrevista especial concedida em 05/07/2006. **Notícias do Dia**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

16 Ver KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, Ano 40, n. 170, p. 63-127, out.-dez. 1987; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O Diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006, 120-131.

17 MATOS, Olgária. Uma discussão sobre progresso, laços afetivos e política. Entrevista especial concedida em 05/07/2006. **Notícias do Dia**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

daquela posterior à Revolução Francesa, em que prevalecia uma compreensão da “educação humanista”, capaz de instituir os laços sociais.¹⁸

Antes do século XVIII a Democracia afirmava a correspondência entre vontade individual e vontade geral (ou do Estado). Rousseau considerava que a Democracia deveria passar pela formação de uma associação capaz de defender e proteger os associados e seus bens de toda força comum, em que cada um só tivesse que obedecer a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes¹⁹. Kelsen criticou esse raciocínio afirmando que a ideia de contrato social baseia-se em uma vontade subjetiva, enquanto a vontade geral não é a vontade de todos e muito menos da maioria. Em resumo, a noção de povo termina por dissimular a unidade do Estado, não existindo correspondência entre ele e os indivíduos. Kelsen deduz daí que os partidos são indispensáveis para a Democracia; no entanto, ainda mais importante é sua recusa do Estado identificado com o povo e recebendo assim, uma autoridade sem limites sobre as vontades individuais. (TOURAINÉ, 1996).

O marxismo contribui para desfazer de vez esta ideia, ao afirmar que a realidade social é formada por grupos de interesse, categorias e classes sociais, sendo a vida política dominada pela pluralidade dos grupos sociais e não pela unidade do Estado. Naquele momento cabia aos

18 “[...] o professor era chamado de *instituteur* porque ele ‘instituiu’ a sociedade; e estudante é *élève* porque a educação eleva a criança e sublima o povo. Esta educação dita republicana garantia que todo cidadão era portador de ‘sabedoria política’ porque seria o agente em exercício da crítica que vinha do mundo ‘letrado’, quer dizer, que passava pela qualidade de sua escolarização. Assim o repertório da discussão política e a livre faculdade de julgar estariam garantidos não só pelas condições materiais da existência, mas sobretudo pela ‘vida do espírito’” (MATOS, Olgária. Uma discussão sobre progresso, laços afetivos e política. Entrevista especial concedida em 05/07/2006. Notícias do Dia. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br>>. Acesso em: 10 dez. 2015).

19 Hostil ao parlamento inglês, Rousseau pretendia “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato social ou Princípios do direito político**. Tradução de L. S. Machado. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1983. p 32 e TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?**. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 49).

democratas lembrar aos defensores de um poder popular, que se consideravam a emanção de um povo ou nação, que não há Democracia sem pluralismo político e sem eleições livres. Hoje, um democrata deve preocupar-se com a situação de muitos países tendo em vista a fragilidade dos elos entre atores sociais e agentes políticos. Em suma, uma definição atual de Democracia precisa proteger as liberdades dos indivíduos e grupos contra a onipotência do Estado. (TOURAINÉ, 1996).

No mesmo sentido, a compreensão de Democracia de Lefort, para Alain Touraine na definição de Democracia, são mais importantes os inimigos que ela combate do que os princípios que defende. Um conceito que veja a Democracia como um sistema de mediações entre Estado e atores sociais – que admita a influência mútua – pode ser responsável pelo seu fortalecimento. “Nossas liberdades democráticas degradam-se porque deixaram de tratar dos problemas sociais agudos.” (TOURAINÉ, 1996, p. 25, 87).

Atualmente é preciso combater o pensamento liberal, que privilegia uma definição política da Democracia, e que ao observar a sociedade, nega a existência de conflitos estruturais entre interesses opostos. Ao contrário, o pensamento liberal vê a sociedade

[...] como uma espécie de maratona: no centro, um pelotão que corre cada vez mais depressa; na frente, algumas estrelas que atraem a atenção do público; atrás, aqueles que, mal alimentados e mal equipados, vítimas de distensões musculares ou crises cardíacas, estão excluídos da corrida. (TOURAINÉ, 1996, p. 25).

A teoria democrática liberal, enquanto “gestão racional da sociedade”, reduz a gravidade dos problemas, acabando por colocar a própria Democracia em perigo.

Nos tempos atuais, no momento em que muitos países já não se caracterizam pelo domínio da oposição típica da sociedade industrial entre empregadores e assalariados, este perigo é particularmente grande, eis que se está frente a um enfraquecimento e mesmo, fragmentação dos atores sociais. A maior parte da população ativa já não faz

mais parte do mundo operário, mas também não passou para o mundo empresarial. São sociedades que não são só definidas pela produção industrializada, podem ser definidas pelo consumo e pela comunicação de massa, mobilidade social e migrações, variedade de costumes, e mesmo a defesa do meio ambiente. Assim, torna-se impossível reduzir a vida política a atores que só correspondem parcialmente à realidade. (TOURAINÉ, 1996).

A relação de dependência entre as forças políticas e sociais, embora não tenha deixado de existir, encontra-se em fase de transformação. Fala-se hoje em uma crise da representação política, responsável pela participação, que pode implicar a degradação da Democracia, reduzida a uma concepção puramente institucional, isto é, de mercado político aberto. (TOURAINÉ, 1996).

Veja-se o que ocorre com a concepção corrente de partidos políticos²⁰ que os considera como detentores do monopólio de sentido da ação coletiva, ou seja, são “a expressão concreta da ‘consciência por si’ das classes sociais”.

Inversamente, quando a ação social é definida como a reivindicação da liberdade, a defesa do meio ambiente, a luta contra a ‘comercialização’

20 Uma compreensão diversa do papel dos partidos na sociedade atual é a de Norberto Bobbio. Este autor utiliza expressão “partidocracia” – sem qualquer conotação negativa - para referir-se a uma das características do poder soberano de decidir sem vínculo de mandado o que faz com que a soberania se transfira para os partidos. Será a diretriz política dos partidos que irá orientar o grupo parlamentar. “A soberania dos partidos é o produto da democracia de massa, onde ‘de massa’ significa simplesmente com sufrágio universal.” A “cracia” ou o poder na democracia de massa é dos grupos relativamente organizados nos quais a massa, exatamente porque informe, se articula expressando seus interesses. Em Estados com uma Constituição, a soberania dos partidos não é absoluta. “De qualquer ponto de vista a partir do qual consideramos a situação dos partidos, parece evidente, a desforra da representação dos interesses sobre a representação política, seja no que se refere à decadência do instituto típico da representação política, que é o mandato não-vinculado, seja no que se refere, em uma democracia altamente competitiva, à pressão através dos partidos dos interesses fracionários. Isso pode explicar por que o tradicional e recorrente debate sobre as instituições por representação dos interesses particulares e representação política tornou-se cada vez mais evanescente e menos visível.” (BOBBIO, 2000a, p. 470-1).

de todos os aspectos da vida, torna-se responsável pelo seu próprio sentido, pode, até mesmo, se transformar em partido político ou, pelo menos, impor suas prioridades a um partido reforçado por ela. (TOURAINÉ, 1996, p. 80).

Se os partidos que representavam as classes sociais devem passar a representar “projetos de vida coletiva, por vezes, até mesmo, movimentos sociais”, os atores sociais, por sua vez, devem deixar de legitimar suas ações com o reconhecimento dos partidos políticos e serem capazes de, autonomamente, dar-lhes sentido. (TOURAINÉ, 1996, p. 81-90).

Assim como “o caminho” da Democracia esteve afastado das ditaduras, ele também esteve afastado da via revolucionária. Todas as vezes que o “apelo ao povo”, quer ele tenha sido feito pela esquerda, quer pela direita, passou a colocar o Estado numa posição superior a dos atores sociais e de suas relações (conflitivas ou mesmo negociadas), deixou de ser democrático. Para fazer esta mudança de planos, os regimes autoritários sempre invocaram “a falta de maturidade de suas sociedades ou as ameaças exteriores e interiores que pesavam sobre elas.” (TOURAINÉ, 1996, p. 254; 292).

Refletir criticamente sobre a Democracia só tem utilidade se contribuir para alimentar o processo democrático, associando-o aos movimentos sociais. É preciso descobrir os conflitos mais importantes de nossa sociedade e a natureza dos novos movimentos sociais que deverão ser levados à consideração dos partidos políticos.

Lembrando o conceito de Lefort de Democracia, Warat reconhece que é o “uso jurídicista da palavra democracia” que nos imobiliza, que nos deixa “politicamente atolados”. Se para Cortázar a Democracia precisa ser uma vivência, Warat acrescenta que o primeiro gesto em uma prática democrática, é o reconhecimento da existência de conflito na sociedade. É preciso assegurar a procura do confronto e não a solução. A partir daí, chega-se a constatação de que não existe Democracia sem marginalidade e de que ela “precisa do confronto com as leis do submundo para que não vire uma montagem de relações ocas, um punhado de liberdades de papel”. (WARAT, 1985, p. 26; 30).

Para Alain Touraine, a descoberta destes novos desafios sociais e culturais é tarefa dos intelectuais, muito mais do que de políticos. O sistema político precisa receber as “reivindicações, contestações e utopias” capazes de tornar nossa sociedade mais consciente de suas orientações e seus conflitos. Se o sistema político imagina que a sociedade está pacificada é porque acabou por transformar aquilo que eram reivindicações internas em ameaças exteriores criando uma aparência de “ausência de conflitos” geradora de uma “cintura de violência” em torno de si. A defesa da Democracia só se dará se ela aumentar sua capacidade de reduzir a injustiça e a violência. Uma sociedade que se diz “rica, aberta e diversificada”, não pode deixar fora do espaço público as reivindicações mais importantes. Isto foi o que ocorreu nos debates políticos do século XIX entre conservadores e liberais, laicos e católicos, monarquistas e republicanos, que enfraqueceram a Democracia por não considerarem as demandas operárias e as primeiras reivindicações femininas. (TOURAINÉ, 1996, p. 95; 87-88).

Em suma, a Democracia só existe se estiver “produzindo-se e recriando-se constantemente”. Muito mais do que uma ideia, ela é um processo. Ela deve combinar princípios diferentes e muitas vezes opostos, porque “ela não é o sol que ilumina toda a sociedade, mas uma mediação entre o Estado e a sociedade civil. Se se inclina demasiadamente para um lado, vai reforçá-lo de forma perigosa em detrimento do outro”. (TOURAINÉ, 1996, p. 103-104).

Os constitucionalistas e juristas conseguem compreender melhor do que os “fundadores” da filosofia política que busca o “espírito” da Democracia, que ela é em primeiro lugar um conjunto de garantias de procedimentos instituidoras de relações entre o poder legítimo e a pluralidade dos atores sociais.

Conclusões

Um dos desenvolvimentos teóricos mais importantes do jurista latino-americano Luis Alberto Warat, se dá a partir da obra de Júlio Cortázar (Histórias de cronópios e de famas). Seu objetivo será o de pensar e fazer os seus leitores pensarem criticamente sobre um discurso jurídico pleno de verdades absolutas.

Os fragmentos de Cortázar funcionando como uma espécie de “chave” para que o leitor “se buscasse”, possibilitam ao jurista latino-americano elaborar uma crítica do discurso jurídico que passou pela elaboração do conceito – hoje, patrimônio da ciência jurídica – de “senso comum teórico dos juristas”. Neste sentido, é impossível abstrair o fato de que esta construção teórica tem na Democracia - como espaço de conflitos - e no Direito - como garantidor dos conflitos - o seu núcleo.

Embora, tenha sido a utilização da classificação de Cortázar entre cronópios, famas e esperanças, o que mais tenha sido reconhecido como apropriação waratiana, o fato é que o tema não se esgota aí. Da leitura conjunta das duas obras é possível perceber que Cortázar é um autor decisivo para outras construções teóricas de Warat. Será a vitalidade e comprometido do autor de “Histórias de cronópios e de famas” que encantarão o jurista, fazendo com que ele construa, a partir destas leituras, uma compreensão especial do discurso jurídico. Como este discurso insere-se em uma cultura, Luis Alberto Warat, deixou evidente a consequência que o ocultamento promovido pela especificidade do discurso jurídico em um contexto que ele chamou, de “cultura detergente”, provoca: o autoritarismo. Em seu cotidiano os operadores do direito são influenciados por esta cultura através de representações, pré-conceitos, e mesmo imagens, que acabam por governar suas enunciações, isto é, pelo “senso comum teórico dos juristas”.

As implicações do “senso comum teórico dos juristas” vão muito além da esfera jurídica, visto que estas significações são também um instrumento de poder. Partindo da premissa de que o Direito é uma técnica de controle social visto está que este poder irá acabar por se manter estabelecendo certos “hábitos de significação”. A acumulação do saber, presente de modo difuso nas instituições, será a condição necessária para o exercício do controle jurídico na sociedade.

De outro lado, as teorizações waratianas sobre o senso comum teórico dos juristas atuaram questionando a literatura epistemológica padrão das ciências jurídicas, as opiniões aceitas sem questionamento, que insistem na distinção entre ciência e ideologia ou entre *doxa* e *episteme*.

Preocupado com a proteção da liberdade das ideias pelo Direito, Warat percebe que caso se tenha em mente o “senso comum teórico dos juristas”, ela provavelmente não irá se concretizar. Será a crítica do discurso jurídico, conectando Direito e Democracia, que poderá propiciar reflexões de sentido sobre o problema. E a linguagem ocupa um papel-chave neste processo, visto que a dominação inicia interditando a linguagem inesperada.

No auge da década de oitenta na América do Sul, quando o subcontinente recém despertava de décadas de ditaduras, Warat pretendia uma Democracia que fosse além da compreensão liberal, além da mera representação política: falava em Democracia como controle coletivo da prática política e na importância da participação da marginalidade neste processo, para não virar uma montagem de “relações ocas”. Neste sentido a compreensão de Democracia de Warat aproxima-se de a invenção democrática de Claude Lefort. Se a Democracia situa-se entre o Antigo Regime e o Estado totalitário, seu significado de invenção está em permanentemente criar direitos novos, reinstituindo o social e o político, evocando com isto todas as forças sociais. Refletir sobre ela em sociedades de massa como as atuais - que politizam através do convencimento ideológico, doutrinando a partir de fórmulas prontas - é vital eis que se está sempre frente à possibilidade de que ela seja substituída por uma ditadura. No mesmo sentido a compreensão de Democracia de Alain Touraine partirá da constatação de que a definição dos inimigos da Democracia é mais importante que os princípios que ela defende. É preciso combater uma definição política da Democracia que nega a existência de conflitos estruturais entre interesses opostos na sociedade. Já Lefort considera que a reflexão crítica sobre a Democracia cumpre o papel de contribuir com o processo democrático na descoberta, em cada momento, dos conflitos que estão latentes na sociedade, associando-os aos movimentos sociais que deverão ser considerados pelos partidos políticos.

Finalizando, acrescenta-se a necessidade de uma cultura democrática, isto é de uma concepção do ser humano que se constitua em um obstáculo ao poder absoluto, capaz de desejar e criar permanentemente as condições institucionais garantidoras da liberdade pessoal.

Em outro lugar, Bobbio havia dito que o remédio para os problemas da Democracia consiste sempre em mais Democracia. Aqui, acrescentam-se as “contra-indicações” de Warat: não se enganem, reconhecer que existem outras vozes não levará de modo alguma a uma visão idílica do futuro, todavia, qualquer outra perspectiva diferente desta é mentirosa, eis que o “final feliz não existe”.

Referências

BOBBIO, Norberto. A Democracia. In: _____. **Teoria geral da política**. A Filosofia e as lições dos clássicos. Organizado por M. Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000a.

_____. Sobre a noção de justiça. In: _____. **Teoria geral da política**. A Filosofia e as lições dos clássicos. Organizado por M. Bovero. Tradução de D. B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000b. p. 306-319.

BRETON, André. **Manifestes du surréalisme**. Paris: Galimard, 1972.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O Diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006.

CHAUÍ, Marilena. Apresentando o livro de Lefort. In: LEFORT, Claude. **A Invenção democrática**. Os limites do totalitarismo. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 9-14.

CORTÁZAR, Júlio. **Historia de cronopios y de famas**. Disponível: <<http://www.librodot.com>>. Disponível em: 10 dez.2015.

_____. **História de cronópios e de famas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FERRATER MORA, José. **Diccionario de filosofía**. Nueva edición revisada, aumentada y actualizada por J.-M. Terricabras. Barcelona: Ariel, 2004, T.II, p. 1093-1096.

FORTINI, Franco. **El Movimiento surrealista**. Traducción de C. Gerhard. Mexico: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1962.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, Ano 40, n. 170, p. 63-127, out.-dez. 1987.

LEFORT, C. **A Invenção democrática**. Os limites do totalitarismo. São Paulo: Brasiliense, 1983.

MATOS, Olgária. Uma discussão sobre progresso, laços afetivos e política. Entrevista especial concedida em 05/07/2006. **Notícias do Dia**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 21.ed. Madrid: Espasa Calpe, 1994. T. II.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato social ou Princípios do direito político**. Tradução de L. S. Machado. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1983.

SILVA, Julio; LUNA CHAVES, Marisol. Papeles, trazos y testimonios. **Revista de la Universidad de Mexico**. Disponível em:<<http://www.revistadelauniversidad.unam.mx>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Petropolis: Vozes, 1996. 286p. Título original: *Qu'est-ce que la démocratie?*

WARAT, L. A. **A Ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985.

_____. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.v.I.

_____. **Manifesto do Surrealismo Jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

ORIGINALIDADE E CRIATIVIDADE DA TRADUÇÃO AUTORAL

Ernesta Perri Ganzo Fernandez¹

A literatura dos povos constitui o maior tesouro da humanidade, e o povo rico em tradutores faz-se realmente opulento, porque acresce a riqueza de origem local com a riqueza importada. Povo que não possui tradutores torna-se povo fechado, pobre indigente, visto como só pode contar com a produção literária local. (Monteiro Lobato)

Introdução

No âmbito acadêmico e nos fóruns e grupos virtuais de tradutores, discorre-se sobre vários aspectos da área de tradução literária, mas pouco se fala sobre o Direito de Autor do tradutor. São escassas

¹ Tradutora, intérprete e advogada. Formou-se em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina, centrando suas pesquisas no Direito Comparado, Direito Empresarial e Direito Autoral. Tem experiência na área de tradução de documentos jurídicos e empresariais, com ênfase em direito contratual. Dedica-se ao estudo comparado das terminologias dos sistemas jurídicos italiano e brasileiro. Pesquisadora independente do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI), com ênfase no direito de autor do tradutor; vice-presidente da Associação Catarinense de Tradutores Públicos; presta também consultoria jurídica ao SINTRA (Sindicato Nacional dos Tradutores), às associações de tradutores e intérpretes do Brasil (ABRATES, JURAMENTADOS UNIDOS e CONATI).

também as referências na literatura jurídica sobre esta atividade artístico-literária responsável pelo intercâmbio cultural entre os países.

Será o tradutor um autor ou apenas transporta as palavras alheias de uma língua para outra? Existe criação na tradução? É possível incluir a tradução técnica no âmbito da proteção autoral?

Percebe-se que o tradutor, à míngua de um debate mais amplo e interdisciplinar acerca da natureza jurídica de sua atividade, encontra-se em uma espécie de limbo, por vezes com dificuldade para ser reconhecido como autor de suas traduções e desamparado na hora de defender seus direitos mais elementares, como o direito à nomeação como autor da obra de tradução. É necessário incentivar e enriquecer o debate sobre o tema, muito pertinente, aliás, em face da anunciada revisão legislativa da Lei de Direitos Autorais.

Nesse sentido, o objetivo desta pesquisa é sintetizar o pensamento da doutrina jurídica mais abalizada, revisando o estado da arte e os contornos atuais da teoria da tradução para, por fim, tecer algumas reflexões como fruto dessa leitura interdisciplinar, sem, entretanto, haver pretensão de esgotamento ou de caráter absoluto das conclusões pessoais.

Ressalta-se que alguns conceitos elementares que introduzem o debate foram extraídos da monografia escrita pela autora, à guisa de trabalho de conclusão do Curso de Direito.

Material e métodos

Nada se cria, tudo se transforma, já afirmava Lavoisier. As reflexões apresentadas neste trabalho não surgiram do nada. São antes resultados da leitura de obras de alguns eminentes juristas, do amadurecimento de alguns conceitos esboçados em trabalhos anteriores, das conversas com colegas tradutores sobre o assunto, da pesquisa provocada pelas perguntas e questionamentos em fóruns e grupos virtuais de tradutores sobre os aspectos mais relevantes da Lei de Direito de Autor.

Foram encontrados na literatura jurídica brasileira poucos estudos específicos sobre o Direito de Autor do tradutor, oferecendo-se aqui apenas um apanhado, a partir das doutrinas sobre Direito de Autor e

da lei, amparando-se a interpretação, quando possível, na literatura e nos princípios gerais.

Entre as doutrinas consultadas merecem destaque o livro *Direito Autoral*, de José de Oliveira Ascensão e as obras de Carlos Alberto Bittar. Obras de outros renomados juristas e de estudiosos do direito de autor foram também consultadas: *Direito Autoral: da antiguidade à Internet*, de João Henrique da Rocha Frago; *Direito Autoral no Brasil*, de José Carlos Costa Netto; *Direito de Autor*, de Daniel Silva Rocha; *Direitos Autorais da obra literária*, de Paulo Oliver; alguns artigos do livro *Direito de Autor: questões fundamentais de direito de autor*, de Denis Borges Barbosa; alguns artigos publicados nos *Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público*. Pela reconstrução histórica do direito autoral no Brasil, assinala-se o volume da coleção *História do Direito Brasileiro*, de autoria de Pedro Orlando, dedicado ao estudo dos Direitos Autorais. Apesar de algumas obras referenciadas serem anteriores à Lei 9.610 de 1998, que revogou as normas precedentes, permanecem válidos os ensinamentos dos autores, enquanto princípios gerais abraçados pela nova lei.

O levantamento bibliográfico de artigos científicos e livros de renomados juristas, em consonância com a fugaz leitura acerca da história e teoria da tradução, em especial dos livros de Rosemary Arrojo, *Oficina de tradução* e do professor Paulo Henriques Britto, *Tradução literária*, foram fundamentais para o esboço do ofício do tradutor, permitindo, pelo método de abordagem dedutiva, alinhavar-se uma primeira análise descritiva, não definitiva, sobre o Direito de Autor do tradutor.

A terminologia adotada neste trabalho considera a lição dos estudiosos deste ramo do direito. A expressão Direito de Autor, cunhada em 1725 pelo advogado francês Louis d'Hericourt², assume na doutrina e na própria lei sobre direitos autorais³ a acepção de ramo que regula os direitos dos autores em sentido estrito.

2 FRAGOSO, 2009, p. 27.

3 Lei 9.610 de 1998, art. 1: “Esta lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhe são conexos”.

Já a nomenclatura Direito Autoral - neologismo cunhado por Tobias Barreto em 1882, correspondente à palavra alemã *Urheberrecht* (direito de autor)⁴ - é considerada “aglutinadora dos direitos de autor e dos que lhes são conexos”⁵. Quanto à escolha entre as nomenclaturas “Direito Autoral do tradutor” e “Direito de Autor do tradutor”, considerou-se oportuna a nomenclatura “Direito de Autor do tradutor”, como expressão dos direitos de exclusivo relativos à obra de tradução em regime de Direito Autoral, valendo-se da lição do professor Ascensão, que assim sustenta:

A lei brasileira impõe a distinção entre Direito de Autor e o Direito Autoral. Direito de Autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos de exclusivo relativos a obras literárias e artísticas.⁶

Adotaram-se também as seguintes nomenclaturas: i) *tradução autoral*, entendendo-se a tradução feita pelo tradutor sob o regime da Lei de Direito Autoral (LDA), com o intuito de distinguir estes tradutores daqueles que trabalham sob as normas dos contratos civis ou trabalhistas (autônomos e assalariados); e ii) *tradutor-autor*, designando o tradutor de obras protegidas, de forma a enfatizar a sua qualidade de autor.

A tradução de obras protegidas pelo Direito de Autor, tradução autoral, é chamada, no âmbito da tradução, de “literária” ou “editorial”⁷, e abrange tanto a tradução de obras literárias - obras de literatura propriamente dita, obras de teatro, roteiros e diálogos de filmes e

4 ASCENSÃO, 1997, p.16.

5 FRAGOSO, op. cit., p. 27.

6 ASCENSÃO, 1980, p. 6.

7 Utiliza-se, no âmbito da tradução, o termo tradutor literário ou editorial para referir-se aos tradutores que traduzem para o mercado editorial. O termo editorial parece ser mais abrangente, pois, de fato, nem tudo que é publicado é literatura, podendo ser também material científico ou propriamente técnico, como no caso de livros de medicina, de direito, de ciências, etc.

seriados, letras de músicas, palestras etc. - quanto a tradução de obras científicas para o mercado editorial.

A importância da tradução

Há três mil anos os seres humanos recorrem à tradução para se comunicar e trocar informações: já no II milênio a.C., nas civilizações assíria, babilônica e hitita, encontram-se os trabalhos de escribas especializados na língua egípcia, ou aramaica, conforme Mounin.⁸ Entretanto, apesar do inegável aporte ao desenvolvimento cultural dos povos, a tradução era inicialmente considerada “uma tarefa de escravos”, tocando-lhe um papel “secundário, quase sempre anônimo”.⁹

Para que se entenda a importância indiscutível da tradução basta imaginar como seria a história da humanidade sem ela, que, nas palavras de Wyler¹⁰, desencadeou “a transformação de línguas, hábitos e crenças, redefinindo áreas de influência política, reagrupando povos e civilizações”¹¹, adquirindo no Brasil um papel relevante em função da “miríade de conexões [...] com o exterior ao longo de toda a sua trajetória, mormente suas relações históricas, políticas e demográficas”.¹² Desde o século XIX o Brasil se alimenta culturalmente de obras originárias de outras terras, aumentando consideravelmente seu acervo lítero-tradutório.

8 MOUNIN, 1965, p. 29-30 apud DA VICO, 2007, p. 8.

9 ROCHA, 2001, p. 44.

10 Lia Wyler, internacionalmente conhecida por ser pioneira nos estudos sobre a História da Tradução no Brasil, tem Licenciatura e Bacharelado em Tradução pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e é mestre em Comunicação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. É tradutora de gêneros variados: traduziu obras de Tom Wolfe e Stephen King, dos irmãos Grimm e a série completa do clássico da literatura infanto-juvenil *Harry Potter*, de J.K. Rowling. Disponível em: CARDELLINO, Pablo; COSTA, Walter Carlos. Lia Wyler. Em: Universidade Federal de Santa Catarina. Dicionário de Tradutores Literários no Brasil.

11 WYLER, 2003, p. 11.

12 FONTES, 2008, p. 3-17.

Em relação ao mercado editorial brasileiro, Wyler¹³ afirma que “80% dos livros de prosa, poesia e referência, bem como manuais e catálogos” que circulam no país são na verdade traduções de obras estrangeiras. Barbosa¹⁴ confirma a inegável importância desse mercado, que apresenta um parque editorial enorme, em contínua expansão, sendo até representado “no exterior (nas feiras do livro, como a de Frankfurt, por exemplo)”¹⁵.

Apesar dos constantes avanços tecnológicos, ainda nenhum programa de computador conseguiu substituir a capacidade criativa de um tradutor humano, não sendo possível afirmar que a “necessidade de tradução esteja a caminho de terminar.”¹⁶ As línguas, sempre em constante evolução, demandam formação contínua, não sendo possível reduzir a complexidade de expressão dos seres humanos a códigos preestabelecidos.

Os tradutores, artesãos das palavras, profissionais da escrita, transpõem as culturas, permitindo a interação e a comunicação entre os povos. Eles transpõem textos de uma língua a outra, mas não é uma simples transposição terminológica.

A teórica da tradução Arrojo leciona o seguinte:

[...] traduzir não pode ser meramente o transporte, ou a transferência, de significados estáveis de uma língua para outra, porque o próprio significado de uma palavra, ou de um texto, na língua de partida, somente poderá ser determinado, provisoriamente, através de uma leitura.¹⁷

13 WYLER, op. cit., p. 13.

14 Heloisa Gonçalves Barbosa: PhD em Translation Studies pela Universidade de Warwick, Inglaterra, em 1994 e tradutora autônoma desde 1969. É autora de: *Procedimentos técnicos da tradução: uma nova proposta*, Campinas: Pontes, 1990/2004 (2. ed.), além de vários artigos em livros e periódicos acadêmicos no Brasil e no exterior. Participou também da equipe de elaboração de vários dicionários bilíngues (português-inglês) pelas editoras Collins Cobuild e Longman. Em: <<http://www.abrates.com.br/congresso2010/palestrante-heloisagoncalves.htm>> Consulta em: 10 de outubro de 2011.

15 BARBOSA, 2005, p. 10.

16 FONTES, op. cit., p. 17.

17 ARROJO, 2003, p. 22-23.

É necessário, para traduzir, inteirar-se dos conceitos expressos no texto original; além de pesquisa terminológica, precisa-se entender o conteúdo para encontrar, na língua de chegada, expressões que preservem o significado, reformulando a mensagem, quando necessário, para que adquira no texto traduzido o idiomatismo imprescindível. Por vezes faz-se uma adaptação linguística e contextual da obra originária, uma transformação necessária para que ocorra a transposição do significado na cultura de chegada. Várias são as teorias de tradução, vários os tipos de tradução possíveis para cada texto, várias as escolhas conforme o sentir tradutológico do autor da tradução.

As traduções de obras literárias e científicas, para editoras, de peças teatrais, letras de músicas, legendas, roteiros, diálogos de filmes e seriados legendados ou dublados, entram todas no campo do Direito de Autor, mais especificamente do Direito de Autor do tradutor, objeto deste trabalho.

Essas obras criativas são protegidas pela LDA. A tradução dessas obras, portanto, também é protegida pela LDA, sendo diferente o tratamento que a lei dá à tradução autoral (como, por exemplo, a tradução impressa como livro ou veiculada como legenda, dublagem, roteiro de filme, etc.) em relação ao tratamento reservado às traduções consideradas não autorais.

Nesse sentido são dois tipos diferentes de tradução - uma é “tradução-obra” (tradução autoral) e a outra “tradução-serviço” (tradução técnica), ou ainda, conforme Benedetti, tradutora e dicionarista, uma “tradução-fim”, outra “tradução-meio”.¹⁸

O Direito de Autor

A maioria da doutrina sobre direito de autor considera-o um direito de natureza *sui generis*, conforme assevera Costa Netto: “a peculiaridade seria decorrente, basicamente, da fusão — em seus elementos constitutivos essenciais — de características pessoais com patrimoniais.”¹⁹

18 BENEDETTI, 2003, p. 23.

19 COSTA NETTO, 1998, p. 3.

O art. 22 da Lei nº 9.610 de 1998 estatui que: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. A legislação brasileira adotou, assim, a opção oferecida pela teoria dualista dos direitos autorais, conciliadora das precedentes teorias²⁰, segundo a qual coexistem no direito de autor dois direitos de natureza diferente, derivados de uma única fonte, a obra intelectual: os direitos patrimoniais do autor, de natureza econômica e negociáveis, e os direitos morais do autor, que integram os direitos da personalidade do autor.²¹

O professor Ascensão qualifica os direitos autorais como exclusivos, considerando a própria atribuição de um exclusivo conteúdo essencial desses direitos.²²

Os direitos morais do autor²³ são direitos personalíssimos, erguidos à condição de direitos fundamentais da pessoa, esculpidos no art. 5º

20 Existem cinco teorias principais: a) a teoria da propriedade: a obra é um bem móvel e o seu autor “titular de um direito real sobre aquela”; b) a teoria da personalidade: a personalidade do autor “não pode ser dissociada da obra”, fruto de sua inteligência. A obra, assim entendida, é uma “extensão da pessoa do autor”; c) a teoria dos bens jurídicos imateriais, que confere ao autor um direito sobre a obra, absoluto e *sui generis*, de natureza real. Em paralelo existiria um direito de personalidade, entendido como “relação jurídica de natureza pessoal entre o autor e a obra”; d) a teoria dos direitos sobre bens intelectuais, (coisas incorpóreas): “obras literárias, artísticas, científicas, patentes de invenção e marcas de comércio”; e) a teoria dualista “conciliando as anteriores”. (COSTA NETTO, op. cit., p. 4).

21 COSTA NETTO, op. cit., p. 50-51.

22 “O ponto de partida está na qualificação dos direitos autorais, essencialmente, como **exclusivos**. O exclusivo, no ponto de vista patrimonial, representa um monopólio. Este exclusivo é amparado constitucionalmente: o art. 5 inc. XXVII da Constituição qualifica como tal o direito do autor. Dá a garantia institucional do direito de autor (mas não a do direito conexo) e a justificação positiva deste”. (ASCENSÃO, 2010, p. 17).

“O conteúdo essencial dos direitos intelectuais consiste na atribuição dum exclusivo. (ASCENSÃO, 2010, p. 28).

23 Art. 24 da Lei 9.610 de 1998. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de

da Constituição Federal Brasileira²⁴, entre os “direitos e garantias fundamentais”, junto com o direito à vida, à liberdade, à honra e à identidade pessoal (ao nome). Isso quer dizer que a criação é parte do autor, tudo o que cria é parte dele, é estritamente vinculado a ele e ninguém poderá utilizar a obra, mudá-la, sem a sua devida autorização.

Por serem essenciais e inerentes à pessoa, os direitos de personalidade revestem-se das características de intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e inexpropriabilidade.

São direitos personalíssimos do autor os direitos à paternidade da obra, de ligação do nome à obra, ao ineditismo, à integridade da obra, à modificação, ao impedimento de circulação da obra (conferido quando e se a publicação ferir a reputação, a honra e a imagem do autor).

O direito de tradução

Não pode ser confundido o direito de autor do tradutor com o direito de tradução. “O direito de tradução pertence ao autor da obra originária”²⁵, que o cede à editora. Esta última vende este direito de tradução no mercado internacional, autorizando assim a tradução da obra originária em outras línguas. Conforme leciona Ascensão, o direito de tradução penou para ser assimilado aos demais direitos de autor. Já o

modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

24 Art. 5º da CFRB/88: “Todos são iguais perante a lei [...], garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXVII aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

25 ASCENSÃO, 1997, p. 186.

direito do tradutor “surge em benefício deste com a tradução e representa um direito de autor [do tradutor] sobre a obra derivada”²⁶

Em relação ao aparecimento do direito de tradução no rol dos direitos patrimoniais do autor, Orlando, na Introdução do seu volume sobre o Direito de Autor, da *Coleção História do Direito brasileiro*, conta-nos que esse direito tornou-se parte da “propriedade literária propriamente dita”²⁷ em decorrência de uma decisão da Corte de Apelação de Paris.²⁸

As criações do espírito

São tuteladas pelo Direito Autoral as obras intelectuais consideradas “criações do espírito”.²⁹ A simples criação de uma obra intelectual, sem a necessidade de quaisquer formalidades, confere ao autor um direito múltiplo, representado por direitos com conteúdo patrimonial e direitos morais. Mas é necessário, entretanto, que essa criação se objetive em uma obra, “por qualquer meio expressa”, ou seja, deve ser uma obra concreta, perceptível por algum dos sentidos, de alguma forma externada ao público, e não somente uma obra que só existe

26 ASCENSÃO, op. cit., p. 185.

27 ORLANDO, 2005, p. 20.

28 “A propósito, cogitou-se em Paris de famosa questão em torno dos direitos do romancista Foley, acerca de seu trabalho KOWA LA MYSTÉRIEUSE. O grande tribunal francês, que era a Corte de Apelação de Paris, decidiu que o direito de tradução faz parte da propriedade literária da obra originária. Firmou-se ali o pressuposto de que o autor de um romance, de uma novela, de um livro de direito (por analogia), de uma obra de medicina, de um tratado sobre engenharia, de um processo sobre odontologia —, prótese, por ex., ou de uma produção qualquer, que tenha sido lançada, num sentido original e construtivo, como na hipótese de um plano de publicações, tem o direito de opor-se à venda, em qualquer país, dos números do jornal, estrangeiro ou não, que tenha reproduzido excertos de seu trabalho, de seu livro, de sua obra, traduzidos em língua estrangeira, promovendo a responsabilidade conseqüente do vendedor ou editor do jornal ou jornais, que hajam levado a efeito a publicação, por perdas e danos de seu direito de autoria.” (ORLANDO, 2005, p. 20).

29 BRASIL. Lei 9.610/98, Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

no plano das ideias. O direito de autor tutela exclusivamente a forma expressiva das obras intelectuais fruto da criação do espírito, não as ideias desenvolvidas na própria obra.

O jurista Barbosa, considera que

[...] para que haja “criação intelectual”, é preciso que o resultado da produção intelectual seja destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade; e, além disso, que tenha uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.³⁰

A Lei de Direito Autoral (LDA) protege as criações do espírito, protege a forma como elas são expressas, pois não há propriedade intelectual sobre a história em si. O direito de autor não protege o conteúdo, não protege as ideias, mas a forma de expressão deste conteúdo, a forma pela qual as ideias são expressas. Não há como a LDA proteger as ideias, porque “as idéias, uma vez concebidas, são patrimônio comum da humanidade”³¹, não sendo possível atribuí-las “como propriedade, à determinada pessoa”³².

Ademais, a obra deve ser uma obra “perceptível pelos sentidos”³³. A própria lei estabelece que uma ideia, enquanto permanecer abstrata, não será protegida, fixando como imprescindível a exteriorização da obra, o fato dela se tornar pública por meio de uma forma. Uma ideia não exteriorizada, uma ideia que ainda não adquiriu uma forma qualquer não há como ser protegida. Bittar, trazendo o ensinamento de Bevilaqua, elucida que o direito de autor “protege a forma com que se exterioriza o pensamento ou a arte. Ampara, sob o seu manto protetor, as formas novas criadas pelo engenho humano”.³⁴

30 BARBOSA, 2013, p. 185.

31 ASCENSÃO, 1997, p.28.

32 BITTAR, 1977, p. 52.

33 FRAGOSO, 2009, p. 40.

34 BITTAR, op. cit., p. 53

A forma que a criação exteriorizada adquire pode ser qualquer uma, inclusive oral, como no caso de uma locução, declamação, recitação e outras formas de carácter transitório.³⁵ Pois de fato, como relata Barbosa:

[...], um poema que se enuncia em público, ainda que não levado a papel, ou gravado, é um ente em si, provavelmente capaz de ser memorizado e repetido, distinto da subjetividade do poeta, e distinto também de uma infinidade de outros poemas.³⁶

Não são todas as obras intelectuais exteriorizadas a serem consideradas criações do espírito, ou seja, obras merecedoras de direitos de exclusivo de autor, e para definir os critérios que permitam distinguir uma obra intelectual simples de uma obra protegida, faz-se necessário recorrer à doutrina que, em geral, afirma serem tuteladas como criação do espírito as obras criativas e originais, fruto da atividade intelectual. Criação do espírito, portanto, no sentido de obra do intelecto humano; criação, no sentido de resultado de um ato criativo, expressão pessoal do seu autor, que confere à obra um carácter original, por ser diferente de outras que por ventura já tenham sido criadas.

Como afirma Oliver, “a originalidade da criação artística e literária é, segundo os tratadistas, o seu atributo básico, exigido para que se lhe possa dar a proteção do direito de autor”.³⁷ Não existe nenhuma avaliação quanto ao conteúdo, não interessa a qualidade da obra, não importa se a obra tem valor ou se tem mérito artístico ou literário ou científico. O importante é que seja o resultado de uma atividade de criação intelectual e que apresente o requisito da originalidade, pois conforme leciona Bittar:

[...] para o amparo legal, despcienda é a utilidade da obra. Não importa também o seu valor; [...] A originalidade da obra é o requisito bastante, como

35 FRAGOSO, op. cit., p. 41.

36 BARBOSA, 2013, p. 184.

37 OLIVER, 2004, p. 80.

assinala o Prof. Antônio Chaves, ressaltando que, para a proteção, a obra deve ser original, 'sem consideração ao merecimento, ao destino, ou à extensão'.³⁸

Em artigo apresentado no VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, o professor e estudioso do direito autoral, Fernando Previdi Motta, em relação ao requisito de criatividade da obra, assim resume:

Embora o avanço da cultura de consumo e as novas tecnologias de informação acabem reclamando atenção especial para obras de reduzido grau de criatividade [...] necessário enfatizar que este requisito permanece quando se trata do direito de autor. O grau de mérito artístico ou literário não é relevante, mas a tutela do direito de autor só se justifica se houver criatividade.³⁹

Analisa-se a seguir os requisitos da criatividade e da originalidade no texto literário de uma tradução, esboçando um diálogo entre a teoria da tradução e a doutrina jurídica.

Originalidade, criatividade e esteticidade na tradução autoral

Todo texto é único e é, ao mesmo tempo, a tradução de outro texto. [...] todos os textos são originais porque toda tradução é diferente. Toda tradução é, até certo ponto, uma criação e, como tal, constitui um texto único. (Octavio Paz)

38 BITTAR, 1977, p. 54-55.

39 MOTTA, 2013, p. 67.

Além das obras criadas do nada, a norma protege também as chamadas obras derivadas, que “resultam da transformação de obra originária”.⁴⁰ As obras derivadas são, portanto, uma reelaboração da forma de uma obra, que lhe preserva o conteúdo, uma veste nova para um conteúdo preexistente: para os fins de tutela como criação do espírito, a nova obra deve ser então o resultado de um ato de transformação criativa.

A originalidade, requisito essencial, pode ser absoluta ou relativa, sendo

[...] absoluta quando não há nenhum traço de uma obra preexistente. Por outro lado, é relativa, quando tem elementos formais de uma obra anterior ou preexistente, mas com tratamento pessoal, sendo denominada de obra derivada (uma adaptação de *Branca de Neve*, ou uma tradução de livro em língua estrangeira).⁴¹

A tradução nada mais é que uma nova elaboração da forma literária. “De fato a tradução supõe uma obra originária e uma elaboração, que faz surgir uma obra derivada”.⁴²

A própria letra da lei parece sugerir que a proteção conferida às obras derivadas decorre do próprio status de obra derivada de uma obra originária, pressupondo que a criatividade e a originalidade intrínsecas à obra primigênia ultrapassem a obra, refletindo-se na obra derivada. Não haveria maiores dificuldades em simplesmente aceitar esse pressuposto, se efetivamente os direitos de exclusivos decorrentes do status de obra derivada fossem sempre respeitados, sem maiores discussões. Entretanto, não é o que acontece na prática diária da atividade de tradução. Muitas são as editoras que não respeitam, por exemplo, até o mais elementar dos direitos morais dos tradutores-autores, o direito à nomeação.

40 BRASIL, 1998, Lei 9.610. Art. 5º, VI, g

41 SALLES, 2007, p. 26.

42 ASCENSÃO, 1997, p. 182.

Questiona-se então se a tradução, esta nova elaboração da forma literária de uma obra preexistente, apresenta as características de criatividade e originalidade, ainda que em grau mínimo, que por si só sejam suficientes para o conferimento de direitos de exclusivo de autor ao tradutor.

Quanto ao requisito de originalidade, será considerada original, porque não existia até então, na língua traduzida, aquela obra, escrita com aquelas palavras e construções linguísticas, pois, conforme Benedetti, “o texto de chegada já não é o texto de partida. É outro texto. E deste o autor é tradutor. A verdade é que o DNA do tradutor marca indelevelmente a forma como é concebido o texto de chegada. [...] tradução sem autor é uma impossibilidade de fato”.⁴³

A tradução nada mais é que uma forma original (única, porque cada tradução será diferente de outra e, neste sentido, terá uma originalidade absoluta) de expressar algo que já foi expresso em outra língua, devendo-se considerar original, conforme preleciona Pedro Vicente Bobbio, “o que não possa ser confundido com outra criação intelectual, por excesso de semelhança substancial ou formal”⁴⁴, apresentando, assim, uma originalidade relativa em relação à obra originária.

A tradução autoral, como assinalado, é protegida por ser tradução de uma obra originária já protegida pela LDA, pois “sobre a obra originária desenvolve-se uma atividade intelectual que permite que a obra derivada se apresente como criação intelectual nova”.⁴⁵ Ilustra ainda Ascensão que:

Como toda a transformação, a tradução supõe um mínimo de criatividade para representar uma obra protegida. Como não há nenhuma tradução matematicamente exata, pois a correspondência de língua para língua não é perfeita [...] fica sempre um grande espaço a ser preenchido pela imaginação do tradutor [...].⁴⁶

43 BENEDETTI, 2003, p. 31.

44 BOBBIO, 1951 apud BITTAR, 1977, p. 55.

45 ASCENSÃO, 1997. p. 45.

46 ASCENSÃO, op. cit. p. 182.

O professor Britto, poeta, tradutor e professor de tradução, criação literária e literatura na PUC-Rio, em seu livro “A tradução literária”⁴⁷ discorre sobre a “atividade de recriar obras literárias”⁴⁸, considerando ser

[...] impossível que uma tradução seja absolutamente fiel a um original, por todos os motivos enumerado pelos tradutólogos: um mesmo original pode dar margem a uma multiplicidade de leituras diferentes, sem que tenhamos um meio de determinar de modo absolutamente inquestionável qual delas seria a correta; o idioma do original e o da tradução não são sistemas perfeitamente equivalentes, de modo que nem tudo que se diz num pode ser dito exatamente do mesmo modo no outro; e as avaliações do grau de fidelidade variam, [...]. Ou seja, não há e não pode haver uma fidelidade absoluta e incontestada.⁴⁹

Vale ressaltar que Britto sustenta que, apesar de ser impossível recriar uma tradução absolutamente fiel a um original, o tradutor deve ser “responsável”, comprometendo-se a produzir um texto que, “com os recursos e com as limitações a que não pode escapar [...] corresponda de modo razoável ao texto original.”⁵⁰

Os textos literários fazem uso de palavras, expressões, recursos gramaticais, estéticos e estilísticos, elementos estes que podem ter um maior ou menor grau de relevância no texto original e que conferem à obra o caráter de personalidade, no sentido de que o uso desses elementos é a manifestação da forma pessoal do autor, a forma que a ideia exteriorizada assumiu quando se tornou perceptível pelos sentidos, a forma de expressão do autor. Essas palavras, expressões, recursos

47 O livro *Tradução literária* recebeu o Prêmio Literário da Fundação Biblioteca Nacional 2013 na categoria de ensaios.

48 BRITTO, 2012, p. 11.

49 BRITTO, op. cit., p. 36-37.

50 BRITTO, op. cit., p. 37.

gramaticais e estilísticos, precisam ser valorados na hora de traduzir um texto literário, para que possam ser recriados no texto de chegada. Do livro *A tradução literária*, retira-se ainda a seguinte consideração:

[...] na impossibilidade de recriar na sua tradução todos os elementos do original, cabe ao tradutor hierarquizá-los e escolher quais deles deverão ser privilegiados. Claro está que essa avaliação, como de resto todo o processo de tradução, é subjetiva, e portanto há de variar de um tradutor para o outro.⁵¹

É exatamente na preocupação com a forma da criação originária, na recriação estética destes elementos no texto traduzido, que repousa a atividade criativa do tradutor. De outro lado, na avaliação desses elementos e no subsequente processo de tradução, ambos subjetivos, é que se assenta a originalidade da tradução.

De tal modo, não são, nem poderiam ser, todas as traduções carentes de proteção, pois como explica Ascensão “uma tradução mecânica ou rotineira não passa os umbrais do direito de autor. Estaria na mesma situação que a tradução realizada por um computador, não protegível porque não representa obra humana. [...]”⁵²

Em relação às obras de caráter científico protegidas pelo Direito Autoral, é necessário frisar que delas é protegida a forma literária, a expressão do autor, não o conteúdo científico ou técnico, conforme o § 3º, do art. 7º, da Lei 9.610/98. Destarte, será protegida a tradução destas obras científicas enquanto traduções da expressão literária destes autores, o exclusivo é conferido à forma e não ao conteúdo, “[...] a proteção recairá sobre a sua forma, não abrangendo seu conteúdo científico ou técnico. Portanto, não faz parte do objeto do direito de autor quaisquer obras que não tenham expressão literária ou artística”⁵³

51 BRITTO, op. cit., p. 37.

52 ASCENSÃO, op. cit., p. 182.

53 MOTTA, 2013, p. 65.

Mas o que seria a tal “expressão literária”? Para responder a esta questão, recorre-se novamente às palavras de Britto, que define o texto literário como “aquele que, ainda que possa ter outras funções, tem um valor intrínseco para aqueles que o utilizam, ou seja, ele é valorizado como objeto estético”.⁵⁴ Sobre o conceito de literariedade de um texto, ele assim exemplifica:

Os textos de Nietzsche certamente são lidos principalmente pelo seu conteúdo filosófico, uma peça de Brecht pode ser encenada com fins de conscientização político-ideológica; e um romance de Machado de Assis pode ser estudado para fazer uma análise da sociedade brasileira no Segundo Império. Porém esses textos são considerados literários na medida em que os valorizamos como objetos que nos proporcionam prazer estético.⁵⁵

Apesar da dificuldade em se utilizar a esteticidade como elemento que qualifique certas obras como autorais, conforme Ascensão assevera, ela pode auxiliar na individuação de uma obra autoral. Neste sentido, Motta considera que:

[...] é a esteticidade o componente que auxilia avaliar a originalidade, o traço da individualidade do autor. A estética é o elemento que permite externar atributos de personalidade e revelar acréscimo ao acervo comum.⁵⁶

Motta acompanha assim os ensinamentos de Bittar que considera a esteticidade um elemento fundamental para a proteção da obra, fruto da atividade criativa do autor “com a qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não existente (o *plus* que acresce ao acervo comum)”⁵⁷

54 BRITTO, op. cit., p. 47.

55 BRITTO, op. cit., p. 47

56 MOTTA, op. cit. p. 73.

57 BITTAR, 2005, p. 21, sem grifo no original.

De fato, parece adequado conferir status de obra protegida pelo direito de autor somente aqueles textos, escritos ou orais, que possuam uma expressão literária, ainda que mínima, uma “manifestação intelectual estética”. Não há direito de exclusivo sobre bulas, manuais de instrução, textos técnicos etc., pois não são obras de caráter “estético”, não possuem algum caráter de literariedade. Ainda trazendo as lições sobre literariedade de Britto, considera-se que:

Há textos que são claramente literários, bem como textos que, de modo igualmente claro, não são. Podemos imaginar uma espécie de contínuo formado por todos os textos que existem, sendo um extremo ocupado pelos que são sem dúvida literários, e o outro pelos que ninguém jamais classificaria como tais. No extremo literário colocaríamos os poemas, e logo em seguida os romances, novelas, contos, peças teatrais; no extremo oposto ficaríamos os manuais de utilização de aparelhos, as bulas de remédios, as patentes, as leis e os regulamentos.⁵⁸

As bulas, manuais, e outros textos estritamente técnicos são textos de caráter utilitário ou industrial e afastam a incidência do Direito de Autor. São textos meramente comunicativos. Mesmo se existir neles uma ou outra frase isolada menos técnica e mais literária, não será possível considerá-los como obras autorais, porque o tipo de material traduzido é de mera comunicação. Uma frase ou outra inserida no texto de um manual de instrução não é capaz de tornar o manual uma obra autoral. Não haveria porque conferir um direito de exclusivo ao próprio manual de instrução (que afinal estaria apresentando a frase “criativa” no texto original) e à sua tradução.

Ainda elucidada Britto:

[...] na tradução de um manual de operação de uma máquina, por exemplo, ou de uma bula de remédio [...] o objetivo do tradutor é [...] passar

58 BRITTO, op. cit. p. 46

para a língua-meta toda a informação contida no texto em língua-fonte, e fazê-lo com o máximo de funcionalidade. [...] a bula de remédio traduzida deve conter exatamente todas as informações que constam no original. [...] o compromisso do tradutor é com a utilização prática do texto, e seu maior compromisso é passar todas as informações do original para a tradução, sem haver nenhuma perda, distorção nem acréscimo [...].⁵⁹

Apesar de o Direito Autoral não avaliar o conteúdo ou a qualidade da obra, seu valor ou mérito artístico ou literário ou científico, isso não quer dizer que qualquer texto possa ser considerado obra autoral. O importante não é se a obra tem ou não valor ou mérito artístico, que pode ser mínimo, mas se existe nela uma manifestação intelectual estética, ainda que mínima, um caráter de literariedade. E neste sentido a literariedade de uma obra se relaciona com a esteticidade. Também merece atenção o eventual caráter utilitário ou de mera comunicação do texto de origem.

Em relação à tradução, Britto define assim a tradução literária como “a tradução que visa recriar em outro idioma um texto literário de tal modo que sua literariedade seja, na medida do possível, preservada” (BRITTO, 2012, p. 47).

A tradução autoral, procurando recriar a esteticidade de um texto, tentando preservar sua literariedade, recriando-a na medida do possível, opera uma transformação criativa sobre a forma da obra, que torna a própria obra de tradução merecedora do amparo do Direito Autoral, ou seja, dos direitos de exclusivo próprios do autor da tradução.

59 BRITTO, op. cit. p. 48-49.

Conclusão

Com essas considerações e reflexões se quer evidenciar a importância que a esteticidade adquire nas obras literárias protegidas pelo Direito Autoral, diferentemente do que acontece com as obras não protegidas. No caso de textos de caráter utilitário, como uma bula ou o manual que acompanha um produto, não há expressão literária, não há esteticidade. Nesse tipo de texto técnico a finalidade sempre será a comunicação de algo, não o uso estético da palavra em si.

Transpondo essa idéia ao universo da tradução, conclui-se que também as traduções das bulas e manuais não se enquadram no paradigma de obra a ser amparada pelo Direito de Autor.

Por outro lado, merece proteção a tradução de textos literários, porque representa a expressão criativa do tradutor, que, por sua vez, recriou a expressão criativa do autor do original, tendo direitos de exclusivo enquanto autor da obra de tradução.

Referências

BRASIL. Constituição Federal (CFRB/88). **Diário Oficial da União**. Seção 1. 05/10/1988. p. 1. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 nov 2013.

_____. Lei nº 9.610 de 1998. Lei do direito autoral. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Seção 1. 20/02/1998. p. 3. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 22 nov 2013.

ARROJO, Rosemary. **Oficina de tradução: a teoria na prática**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O Direito Autoral numa perspectiva de Reforma. Em: **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais** [Recurso eletrônico] Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de Autor: questões fundamentais de direito de autor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Heloisa Gonçalves. Tradução, Mercado e Profissão no Brasil. **Confluências**: revista de tradução científica e técnica. Maria do Rosário Frade Durão: Lisboa, Portugal, n. 3, nov 2005, p. 6-24. Disponível em: <<http://www.confluencias.net/n3/I.pdf>>. Acesso em: 8 jun 2011.

BENEDETTI, Ivone; SOBRAL, Adail. **Conversas com Tradutores: balanços e perspectivas da tradução**. São Paulo: Parábola Editorial, 2003

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra feita sob encomenda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BRITTO, Paulo Henriques. **Tradução literária**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CARDELLINO, Pablo; COSTA, Walter Carlos. Lia Wyler. In: Universidade Federal de Santa Catarina. **Dicionário de Tradutores Literários no Brasil**. Disponível em <<http://www.dicionariodetradutores.ufsc.br/pt/LiaWyler.htm>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FDT, 1998.

DAVICO, Gianni. **L'industria della traduzione: realtà e prospettive del mercato italiano**. SEB 27: Milano, 2005.

FONTES, Márcio Schiefler. **Aspectos jurídicos da tradução no Brasil**. 2008. Dissertação (Mestrado em Estudos da Tradução) – UFSC, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://www.pget.ufsc.br/curso/>>

dissertacoes/Marcio_Schiefler_Fontes_-_Dissertacao.pdf> Acesso em: 10 ago. 2010.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MOTTA, Fernando Previdi. Reflexões sobre os requisitos jurídicos da obra intelectual protegida pelo Direito de Autor. **Estudos de Direito de Autor e Interesse Público**. Anais do VI Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Marcos Wachowicz, José Augusto Fontoura Costa, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Carol Proner (coord.). GEDAI/UFSC: Florianópolis, 2013.

OLIVER, Paulo. **Direitos autorais da obra literária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

ORLANDO, Pedro. **Direitos autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais / Pedro Orlando**; Ed. fac-sim. — Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. (História do direito brasileiro. Direito civil; v. 9) Direito autoral. Brasil. L Título. II. Série.

ROCHA, Daniel da Silva. **Direito de Autor**. São Paulo: Ed. Irmãos Vitale, 2001

SALLES, Eduardo Pimenta. **A função social dos direitos autorais da obra audiovisual**. 2007.156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade Autónoma de Direito. 2007.

WYLER, Lia. **Línguas, poetas e bacharéis: crônica da tradução no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003

Leituras complementares

BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais do direito do autor. Edição ampliada de conformidade com a Lei 9.610 de 19.02.1998 por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1999.

_____. Direito de autor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

_____. Direito de autor na obra publicitária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

RÓNAI, Paulo. A tradução vivida. Rio de Janeiro: Educom, 1976.

_____. Como aprendi o português e outras aventuras. São Paulo: Globo, 1992.

_____. Escola de tradutores. 5 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, INL 1987.

UMA REFLEXÃO ACERCA DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO: O CONTEÚDO E A FUNÇÃO DO DIREITO.

Flavia de Campos Pinheiro¹

Introdução

O artigo versa sobre a liberdade constitucional de associação.

O tema nos leva a algumas reflexões, principalmente nos dias atuais, em que assistimos a uma série de movimentos populares em busca de mudanças.

Nesses movimentos, identificamos um elemento importante: a reunião de pessoas. O ato de se reunir é um direito constitucionalmente garantido. Direito individual de exercício coletivo.

As manifestações demonstraram a importância do agrupamento de pessoas em busca de determinada finalidade.

O ser humano, em conjunto com seus semelhantes, fortalece suas possibilidades de executar obras, lutar pela efetivação de seus direitos, atingindo tanto seus objetivos individuais como os que são em benefício da comunidade. Forças aglutinadas multiplicam possibilidades empreendedoras.

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professora de Direito Constitucional da PUC/SP. www.pucsp.br

Pois bem, o artigo tratará da importância do agrupamento de pessoas, mas sob outro ângulo: a liberdade de associação, direito fundamental que assegura ao indivíduo a possibilidade de realizar determinados fins, por meio do esforço comum com outras pessoas, e que, sozinho, encontraria grande dificuldade para alcançar.

A associação traz em si duas ideias fundamentais: a tendência do homem para o convívio em sociedade e a vantagem existente na conjugação de forças, o que propicia o desenvolvimento do fenômeno associativo. Para utilizá-lo de forma efetiva, é necessário conhecer o conteúdo desse direito.

O direito de associação ingressou no ordenamento constitucional brasileiro pela Constituição de 1891, em que foi garantido juntamente com o de reunião. Todos os outros documentos o previram em maior ou menor amplitude.

O ordenamento jurídico-constitucional atual garante-o amplamente. A Constituição Federal surgiu com o intuito de atribuir novos valores à sociedade. A atual Constituição apresentou uma característica importante, pois foi considerada uma Constituição cidadã, que garantiu amplamente os direitos fundamentais.

Tendo em vista ainda a pequena visibilidade deste direito, o artigo tem por objetivo desenvolver o conteúdo da liberdade de associação, atendendo aos valores propostos pelo Texto Constitucional. A escolha do tema pautou-se, preponderantemente, na possibilidade de sua grande utilidade nos dias atuais.

Não há a pretensão de esgotar o assunto, uma vez que diversas indagações brotam de suas ramificações. Será uma tentativa de atribuir-lhe merecida visibilidade, dando ensejo a novas pesquisas que possam enriquecê-lo.

Evolução dos direitos fundamentais: dimensões de direitos.

O lema revolucionário do século XVIII, conforme lembra Bonavides, em rigor exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando, inclusive, a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade,

igualdade e fraternidade². Dessa forma, os direitos fundamentais passaram a se manifestar, na ordem institucional, em três gerações sucessivas, quais sejam, direitos de primeira, segunda e terceira gerações, referindo-se, respectivamente, aos direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade, o que traduz um processo cumulativo e qualitativo.

Nesse passo, é necessário repisar a tese da historicidade dos direitos humanos, defendida por Bobbio. Esses direitos, por mais fundamentais que sejam, são históricos, pois não nascem todos de uma única vez, nascem quando devem nascer, de uma forma gradual³.

Reconhecendo esse fato, importante se faz traçar algumas linhas sobre as gerações de direitos. Mas antes de adentrar ao tema, urge fazer breve menção à nomenclatura utilizada. A título de reconhecimento histórico, é possível dividir os direitos em três gerações. Muitos autores criticam esse termo, entendendo como de melhor aplicação o vocábulo dimensão de direitos, uma vez que eles não se excluem, mas se completam.

O termo gerações de direitos remete, necessariamente, à ideia de um conjunto de direitos que nasceu e se formou numa mesma época. Ou seja, o termo traz uma noção excludente desses grupos de direitos: os direitos que surgiram em épocas posteriores excluem os de épocas remotas. Não parece ser essa a concepção mais apropriada. Os direitos fundamentais constituem um processo de acumulação das esferas de proteção da dignidade humana em constante expansão. Por essa razão, a opção pelo termo “dimensão de direitos”.

Sendo assim, após o cuidado com a proteção das liberdades, surgiram os institutos tutelares das necessidades materiais e depois os da preservação do gênero humano. Ou seja, a primeira dimensão de direitos cuidou de proteger as liberdades. Em seguida, surgiu a tutela das necessidades materiais, os chamados direitos sociais. Posteriormente, nasceu a preocupação com a preservação do gênero humano ou direitos de fraternidade.

2 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 562.

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 5.

Nessa toada, de reconhecimento evolutivo-cumulativo dos direitos fundamentais, apresenta-se, abaixo, a divisão dos direitos em, basicamente três dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos de primeira dimensão são os referentes à liberdade, dentre as quais encontra-se a liberdade de associação. Têm por titular e destinatário o indivíduo, e se traduzem como faculdade da pessoa, apresentando assim, como traço característico, a subjetividade marcante. Trata-se de direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, objetivando limitar-lhe o poder e reservar para o indivíduo uma esfera de liberdade em relação àquele (Estado).

Por apresentarem caráter liberalista, valorizam em primeiro lugar o homem-singular, o homem das liberdades abstratas. São direitos que surgiram com a ideia de Estado de Direito, isto é, estão submissos a uma Constituição. Foram os primeiros que constaram do instrumento normativo constitucional, que correspondem, sob o prisma histórico, à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente, século XIX.

Caracterizam-se por não serem absolutos, isto é, há limitações, e também por serem direitos negativos, existem porque o Estado não intervém. Nesse caso, está-se diante do Estado mínimo; exige-se um comportamento de abstenção estatal.

Apresentam como esboço histórico A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. É possível verificar, então, que a história tem ajudado mais a enriquecê-los do que a empobrecê-los: já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, pois toda Constituição que seja digna desse nome deve substantivá-los. Constata-se, mais uma vez, o reconhecimento de que os direitos são cumuláveis, por isso se falar em suas dimensões.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão

Traduzindo uma etapa de evolução no que se refere à proteção da dignidade humana, surgem os direitos de segunda dimensão. Sua essência foi a preocupação com as necessidades humanas que decorreram do desenvolvimento da sociedade. Nesse passo, o homem, liberto do domínio do Estado, procurava uma nova forma de proteção de sua dignidade, através da satisfação de suas necessidades mínimas. Tais direitos expressam o amadurecimento de novas exigências, de novos valores, tais como bem-estar e igualdade material, que trariam novo sentido à vida humana.

Esses direitos dominaram o século XX assim como os direitos de primeira dimensão o fizeram no século anterior. Germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. São os direitos sociais, dentre os quais estão os culturais, os econômicos, dentre outros. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade. É importante reiterar que aqui se fala em igualdade material, ou seja, existem distinções de indivíduo para indivíduo e, para a concretude do princípio da igualdade, urge levar em consideração tais diferenças. Nesse rumo, na afirmação e no reconhecimento dos direitos de segunda dimensão em geral, devem-se levar em conta determinadas diferenças relevantes para distinguir um indivíduo de outro que justifique um tratamento não igual. Assim como todas as dimensões de direitos, ela surgiu de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de cunho acentuadamente ideológico.

A Constituição brasileira proclama expressamente que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados, todos previstos no Título dos direitos fundamentais. Estão esmiuçados no título “Da Ordem Social”, em capítulos específicos sobre esses direitos, fora do núcleo dos direitos fundamentais.

Tais direitos caracterizam-se, inversamente aos de primeira dimensão, por serem positivos, ou seja, necessitam de uma prestação positiva do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais

e sociais. Essa nova categoria de direitos coloca o Estado em uma posição diametralmente oposta àquela em que se encontrava com relação aos direitos de primeira dimensão. Assim, o Estado tem a obrigação de, através de prestações positivas, preservar a dignidade humana, não permitindo que o homem possa ser privado do mínimo de necessidades indispensáveis.

São destinatários dessas normas os grupos sociais esmagados pela miséria, fome, doença e marginalização.

Apresentam como influências a Declaração do Povo explorado e trabalhador (URSS), de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919. Após serem proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia, dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Por todo o exposto, verifica-se que na segunda dimensão de direitos destacam-se os interesses de determinados grupos que, em razão de suas próprias condições na sociedade, buscam a superação de suas carências individuais e sociais através da prestação de necessidades humanas mínimas. Esses grupos de pessoas passaram a necessitar de prestações do Estado, uma vez que, em razão da dinâmica social, estavam desprotegidos. O Estado passa a atuar, então, como sujeito ativo para garantir-lhes condições dignas de vida. Assim, na busca da concretização desses direitos surge outro personagem que pode atuar em colaboração com o Estado: a associação, que é o objeto do presente trabalho.

Nessa linha de raciocínio, é possível fazer um importante liame entre a liberdade de associação e os direitos de segunda dimensão. A liberdade de associação, localizada entre os direitos de primeira dimensão (apesar de ser de exercício coletivo), pode ser utilizada como importante instrumento de efetivação de direitos, na medida em que um dos elementos desse direito é a plurissubjetividade. Na segunda dimensão, prioriza-se a categoria de pessoas; o foco está no sujeito (ou, mais especificamente, no grupo de sujeitos). Outro elemento importante da associação é a finalidade comum, que também pode ser encontrada na segunda dimensão de direitos.

Desse modo, é possível a associação proteger os direitos de um grupo de crianças e adolescentes que tenha por finalidade desenvolver determinada prática desportiva, por exemplo. Nesse caso, a associação terá por objetivo secundário a inserção desse grupo de jovens na sociedade e seu desenvolvimento de forma mais efetiva, contribuindo com o papel ativo do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos de terceira dimensão, cristalizados no fim do século XX, a partir da década de 1970, surgiram da consciência de um mundo que se repartiu entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. São direitos que se assentam sobre a fraternidade ou, no entendimento de alguns autores, solidariedade. Objetivam não a proteção de direitos individuais ou de um grupo, mas têm por primeiro destinatário o gênero humano, considerado de forma abstrata. Voltam-se à sua essência, sua razão de existir, ao destino da humanidade.

Transpassa a ideia de mera proteção aos direitos individuais ou coletivos, ou direitos de um determinado Estado. Passa-se à proteção do gênero humano “num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”⁴. Além, os direitos de terceira dimensão transpassam o homem para se alojar no planeta. Perdem o caráter pessoal, outrora priorizado, e assumem feição espacial.

Importante que se frise, os direitos de terceira dimensão constituem uma categoria heterogênea e vaga. São aqueles cujo sujeito não é o indivíduo, mas os grupos humanos, como o povo, os membros de uma Nação, a própria humanidade, ampliando a dimensão dos grupos humanos. São os direitos difusos, os direitos de solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente protegido, à comunicação, à liberdade de informação, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. São os direitos voltados à preservação da humanidade. Tais direitos são apenas indicativos,

4 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 569.

podendo haver outros em fase de gestação que alarguem esse círculo. À medida que o processo universalista se desenvolve, surgem as preocupações com os direitos planetários. Não se vislumbra mais apenas o indivíduo, afinal, se ele não tiver condições mínimas de sobrevivência, certamente entrará em extinção. Nesse caso, não fará sentido fazer alusão apenas aos direitos de primeira e segunda dimensões, pois eles não se mantêm sozinhos. “Nenhum ser humano é uma ilha”.

Outros direitos haverão, em razão da própria evolução da sociedade e, conseqüentemente, da necessidade de proteção de outros bens. A doutrina já se refere a novas dimensões de direitos (como, por exemplo, os direitos de quarta dimensão, que surgiram sob o panorama da globalização e do neoliberalismo, conforme leciona Paulo Bonavides), que não serão aqui analisadas, em razão da delimitação do tema e do espaço para maiores reflexões.

Conforme se pode perceber mais uma vez, as dimensões de direitos se completam na medida em que as relações sociais se intensificam. Atualmente, não se pode vislumbrar um Estado de Direito apenas com direitos de uma ou outra dimensão, mas sim com o conjunto de todas elas. Nesse diapasão, é possível reconhecer, assim como se demonstrou na segunda dimensão de direitos, a liberdade de associação como instrumento concretizador de todas essas categorias de direitos.

Conceito e elementos da liberdade de associação

O presente artigo tem por finalidade apresentar sucintamente o conteúdo constitucional da liberdade de associação, situando-o no universo do direito constitucional.

A teoria dos direitos humanos assenta-se em dois pilares estruturais: a liberdade e a dignidade. Esses são os objetivos buscados pelo Direito para a vida humana em sua plenitude. Difícil conceber a vida e, sobretudo, a vida digna, sem liberdades. Os termos se inter-relacionam e se complementam, pois o ser humano é vida, dignidade e liberdade.

A liberdade de associação é, pois, direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 foi generosa no tema, garantindo a plena liberdade de associação, bem como forma

de criação, dissolução e vedações, no seu artigo 5.º, incisos XVII e seguintes.

É importante mencionar que a Constituição de 1988, assim como as anteriores, na linha dos textos anteriores, não definiu o termo associação, ficando a tarefa a cargo da doutrina.

Pontes de Miranda, importando o conceito do direito alemão, professa que associação, no sentido do texto brasileiro, “[...] é toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante (cf. F. STIER-SOMLO, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 45; FRIEDRICH GIESE, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 267)”⁵.

Em visita a outros autores, verifica-se que o conceito supra é reproduzido para definir-se liberdade de associação no texto constitucional. A doutrina, em geral, aponta para o mesmo sentido, trazendo como elementos do conceito de associação as ideias de agrupamento de pessoas, organização, permanência e finalidade lícita⁶.

Na França, berço do nascimento das liberdades públicas, diferentemente do que ocorreu no Brasil, a liberdade de associação veio definida em lei, que previu seus elementos constituidores - Lei de 1.º de

5 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. 1.ª ed., t. 4 e 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 569. Nota-se que Pontes de Miranda conceituou associação, nos termos aduzidos, pela primeira vez nos Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, reproduzindo-o em todos os outros Comentários às Constituições posteriores.

6 José Afonso da Silva, para conceituar associação, cita Pontes de Miranda (*Curso de Direito Constitucional positivo*, cit., p. 265).

Luiz Alberto David Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr., fazendo remissão a Pontes de Miranda, definem o direito de associação como “[...] o direito de exercício coletivo que, dotado de caráter permanente, envolve a coligação voluntária de duas ou mais pessoas, com vistas à realização de objetivo comum, sob direção unificante”. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 166.

Celso Bastos & Ives Gandra definem associação como “[...] a reunião estável e permanente de pessoas, objetivando a defesa de interesses comuns, desde que não proibidos pela Constituição ou afrontosos da ordem e dos bons costumes.” BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 96.

julho de 1901⁷ - e constitucionalizada posteriormente. Nota-se, pois, que a própria lei já estabelece o número mínimo de participantes, a permanência, o objetivo comum, a finalidade não-lucrativa e o caráter contratual. Dessa forma, o conceito veio estritamente delimitado. Se, por um lado, a liberdade de associação fica clareada e a aplicação facilitada ao ser definida em lei, por outro, torna-se estática e restrita, podendo obsoletar-se no decorrer dos anos.

Nos conceitos descritos pelos autores, verificam-se alguns elementos fundamentais. O trabalho, sem a pretensão de elaborar um conceito constitucional de associação, busca reconhecer um conteúdo mínimo desse direito.

No conteúdo mínimo do conceito constitucional de associação encontram-se quatro elementos: agrupamento voluntário de pessoas, organização com vista a uma finalidade comum (direção unificante), permanência (pretensão de durar no tempo) e finalidade lícita. São esses, pois, os elementos estudados a seguir, apresentando-se sob diversas denominações. José Afonso da Silva alude, ainda, a outro elemento: a base contratual⁸. Pontes de Miranda fala em voluntariedade. De fato, a base contratual e a voluntariedade também serão tratadas como elementos, por demonstrarem-se fundamentais para a liberdade de associação. No atinente à voluntariedade, é importante destacar que ela é, principalmente, inerente à ideia de liberdade.

7 FRANÇA. “Loi du 1^{er} juillet, article 1^{er} - L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des benefices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations.” A referida lei está disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 16 mar. 2008.

“A associação é a convenção pela qual duas ou mais pessoas colocam em comum, de uma forma permanente, seus conhecimentos ou sua atividade num objetivo outro, de repartir benefícios. Ela é regida, quanto à sua validade, pelos princípios gerais do direito aplicável aos contratos e obrigações”. Tradução livre.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 266.

Plurissubjetividade

A plurissubjetividade diz respeito ao elemento pessoal da associação. É substantivo que contempla pluralidade de pessoas, de participantes. Alguns autores referem-se à coligação de pessoas ou grupo de homens, organização coletiva de cidadãos. Independentemente do termo utilizado para referir-se ao elemento subjetivo, é importante realçar a pluralidade. Jean Rivero afirma que a pluralidade de participantes, somada à finalidade comum, fazem da associação uma liberdade coletiva⁹.

Diante da omissão do texto quanto ao número de pessoas, parece que a concorrência de duas pessoas já é suficiente para caracterizar a associação.

Em princípio, a Constituição não faz qualquer ressalva no que se refere ao elemento pessoal da liberdade de associação. Trata-se de direito previsto constitucionalmente no capítulo dos direitos e garantias individuais. O *caput* do artigo 5.º da Constituição traz as seguintes linhas: “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”.

Todavia, o *caput*, no início, garante a todos os direitos ali previstos. Num primeiro momento, conclui-se, então, que a titularidade da liberdade de associação é atribuída sem reserva alguma. A primeira questão que se coloca diz respeito a amplitude do termo: todos são os brasileiros e os estrangeiros indistintamente; os brasileiros e estrangeiros residentes no país; são pessoas físicas e jurídicas?

Nas definições de liberdade de associação supramencionadas, nota-se que alguns autores atribuem a titularidade a homens, enquanto outros, a pessoas físicas (Pontes de Miranda). Para esses autores, resta saliente a opção de atribuir ao termo amplitude restrita, referindo-se

9 RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 6^{ème} ed., t. 2, Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 395.

apenas a pessoas físicas. Diversamente, ao fazer referência a pessoas, é possível englobar tanto as pessoas físicas quanto jurídicas.

Faz-se necessário salientar, conforme ensina Pontes de Miranda¹⁰, que o agrupamento pode ocorrer sem que ocorra a reunião física. Enquanto o direito de reunião protege a “interproximidade, a convergência de pessoas”¹¹, na associação se admite a plurissubjetividade sem necessidade de encontro físico. Nas palavras do autor: “Sociedade de sábios ou de negócios pode existir sem que a reunião física se dê. Vota-se por meio de cartas, discute-se por escrito, pelo telégrafo, pelo telefone”¹². Essa afirmativa se potencializa, sobretudo nos dias atuais, em que os meios de comunicação permitem inter-relações e intercomunicações sem a presença física das pessoas. Cita-se, como exemplo, a comunicação via *internet* ou por meio de videoconferências.

O elemento geográfico na associação pode ser mínimo ou nenhum.

A pluralidade de participantes faz da associação uma liberdade de exercício coletivo. A titularidade é individual, mas seu exercício é coletivo. O indivíduo, por si, tem o direito de se associar a outros, mas essa liberdade somente se efetiva após o agrupamento a outros indivíduos que exercem, também, seu direito individual de se reunir a outras pessoas em busca de um objetivo comum. Trata-se de um direito subjetivo cujo destinatário é a coletividade.

O elemento pessoal engloba a pluralidade de pessoas e a ideia de agrupamento, coligação. Ou seja, a associação é configurada através de uma coligação de pessoas. Agrupamento, para o dicionário Houaiss refere-se ato ou efeito de agrupar, que tem o significado de reunir em grupo¹³. Diferentemente, coligação tem a denotação de aliança de várias pessoas ou entidades com vistas a um fim comum¹⁴.

10 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 605.

11 Pontes de Miranda utiliza-se desses termos ao referir-se à pluralidade de pessoas no direito de reunião.

12 *Ibidem*, passim.

13 *DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, cit., verbete: “agrupamento”.

14 *Ibidem*, verbete: “coligação”.

À luz das duas definições acima, vem a lume a seguinte questão: a associação exige a finalidade comum à sua constituição? A ideia de reunião de pessoas se aproxima mais à coligação do que a agrupamento?

A resposta parece ser positiva, pelas próprias características do direito. As pessoas devem se constituir em associação visando sempre a atingir uma finalidade comum. Constituem-se, pois, em coligação, e não simplesmente em agrupamento de pessoas. A finalidade comum, conforme será visto adiante, é um dos elementos essenciais à associação.

A Constituição não diz se as associações devem ser personalizadas. Contudo, Celso Bastos & Ives Gandra entendem que, do ponto de vista jurídico, este é um elemento imprescindível à constituição da associação, pois se não tiver capacidade jurídica para contrair obrigações e ser sujeito passivo de direitos, ela não consegue atingir suas finalidades¹⁵. Portanto, implicitamente reconhece-se tal direito à associação, sendo certo que a lei não pode criar exigências que obstaculizem o exercício desse direito, e o reconhecimento da personalidade não pode depender de juízo discricionário da Administração, nem qualquer requisito que venha a esvaziar seu conteúdo¹⁶.

Organização com vista à finalidade comum (direção unificante)

Ao contrário do que acontece com o direito de reunião, a associação necessita de uma institucionalização jurídica, pois apresenta maior complexidade. Deve haver, portanto, certas regras que pautem o seu andamento.

A direção unificante diz respeito à organização da associação. É elemento essencial à mesma, pois sem essa característica organizacional as atividades associativas tornam-se impraticáveis.

Alguns autores tratam da direção unificante juntamente com a finalidade comum, opção adotada no presente trabalho, lembrando que esses dois elementos podem se apresentar interligados na medida

15 BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 96/97.

16 Ibidem.

em que a direção unificante viabiliza o alcance da finalidade comum dos participantes da associação.

Luiz Alberto David Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr. ensinam que a direção unificante “dá o tom de comunhão de propósitos dos associados”¹⁷. A comunhão de propósitos da direção unificante conta com a solidariedade dos associados de que fala Duguit. Solidariedade é o laço ou vínculo recíproco de pessoas, é a adesão a determinada causa, é a relação de responsabilidade existente entre pessoas unidas por interesse comum, de forma que cada elemento do grupo se sinta na obrigação de apoiar os outros.

A finalidade da associação é a defesa de interesses comuns. A ideia central do direito de associação são os indivíduos reunirem seus recursos ou atividades para a obtenção de fins comuns, em benefício de cada qual.

A associação pode buscar diversas finalidades, tais como: política, moral, jurídica, sindical, cultural, artística, científica, desportiva, educativa, filantrópica, religiosa, recreativa etc.

A liberdade de associação se dirige aos Poderes e aos seus órgãos, a favor das pessoas físicas. Essa regra serve, portanto, para a proteção das associações em face da atuação arbitrária do legislador e do administrador.

Sobre a finalidade comum do elemento organizacional, é importante relembrar que essa finalidade não apresenta propósitos lucrativos.

Permanência

A associação pretende ser duradoura no tempo. Alguns autores entendem que ela difere da reunião nesse aspecto, pois esta é transitória, enquanto aquela, permanente. Tecnicamente, seria mais preciso falar-se em traço de extraordinária estabilidade, uma vez que a associação pode se dissolver, logo, ela não é permanente. Uma diferenciação mais precisa poderia ser estabelecida, não em termos temporais, mas

17 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Op. cit., p. 167.

sim em razão da existência ou não de vínculos jurídicos entre seus titulares. Isso porque é possível que uma associação seja criada e extinta em um tempo mais curto do que a duração de uma reunião. Assim, o vínculo jurídico seria o elemento diferenciador mais adequado, pois tende a ser mais duradouro do que um vínculo de fato.

Conforme Rivero, a permanência não é absoluta, pois é possível que uma associação seja criada e permaneça até que o seu objetivo seja alcançado ou, ainda, até que seus associados a dissolvam. Mas, explica o autor, enquanto elas existirem, criarão entre seus associados uma ligação permanente que dura além da reunião¹⁸. A permanência vincula-se à ideia de constância, continuidade. Entretanto, conforme se afirmou no início deste item, ela se pretende duradoura no tempo, o que não significa que assim será. O elemento permanência deve estar em consonância com o direito de dissolução da sociedade, concernente à própria entidade, sendo este um direito que compõe a liberdade associativa.

Finalidade lícita

O direito de associação só existe se o fim de se associar for lícito. Portanto, uma importante característica é sua finalidade em consonância com o direito. A finalidade lícita é a base do direito. Nesses termos, a doutrina de Pontes de Miranda: “Não é possível que se garanta a associação para fins ilícitos, as camorras, a *maffia*, a *societas sceleris*”¹⁹.

Rivero²⁰ ensina que a finalidade da liberdade de associação encontra, como limite, um “mínimo comum” na ordem de ética social e da vida do Estado. O autor afirma que são nulas as associações que tenham uma causa ou objeto ilícito, contrário às leis, às boas morais, ou que tenha por objetivo atentar a integridade do território nacional

18 Ibidem, p. 395.

19 Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 568.

20 RIVERO, Jean. Op. cit., p. 401.

ou à forma republicana de governo, assim como previsto no artigo 3.º da lei de 1.º de julho de 1901²¹.

Alguns textos constitucionais referiram-se a fins lícitos, outros, a fins não contrários à lei penal e aos bons costumes. Ainda que não se tenha feito ou se faça referência a essa finalidade no texto Constitucional ao garantir a liberdade de associação, presume-se sua existência. Não há de se cogitar a possibilidade de uma associação com finalidade ilícita.

A referência ou não a tal finalidade, e a forma como ela é colocada influem na amplitude do direito de associação. A utilização de um conceito aberto restringe o direito, enquanto a opção por um conceito mais limitado amplia-o.

Ao fazer menção à finalidade lícita, o texto constitucional restringiu a abrangência da liberdade, pois sob o manto da ilicitude encontram-se alguns conceitos amplos e abertos, como aquilo que é contrário à moral e aos bons costumes, que são deixados a cargo da interpretação. José Afonso da Silva denomina fins lícitos de conceito limitador²².

Portanto, o termo ilícito limita o direito. Celso Bastos & Ives Gandra entendem que essa solução mais limitativa demonstra-se mais adequada, pois é possível, assim, negar a personalização para associações que tenham fins vagamente ilegais, como aquelas que ofendem princípios constantes de normas programáticas ou agredem a moral e os bons costumes²³.

É importante lembrar que quando se trata de liberdade, em razão da própria história opressora que encampou a sociedade durante muito tempo, talvez seja mais garantido procurar sempre ampliar o conceito

21 FRANÇA. “Loi du 1^{er} juillet, article 3^{er} Le but. - Le libéralisme de la loi em ce qui concerne le but des associations a cependant une limite: celle, qu'on a déjà rencontrée dans d'autres domaines, de l'exigence du “minimum commun” dans l'ordre de l'éthique sociale e de l'avié de l'Etat. Sont donc “nulles e de nul effet” les associations “ayant une causa ou um objet (on retrouve ici la terminologie contractuelle) illicite, contraire aux lois, aux bonnes moeurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national (mouvements séparatistes) ou à la forme républicaine du gouvernement.”

22 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 268.

23 BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 96/97.

ao invés de restringi-lo. Assim, advertem os autores que o conceito restritivo do direito reflete uma situação de grande incerteza e, por essa razão, recomenda-se prudência ao Judiciário na aplicação da regra a respeito da ofensa à moral e aos bons costumes. Nesse sentido, se a ofensa não se demonstrar manifesta, parece que o preceito constitucional deve prevalecer em sua máxima amplitude.

Para verificar a licitude do fim da associação, deve-se levar em conta, além de outros elementos, a atividade por ela exercida. A associação de fins ilícitos é nula - nulidade de pleno direito - isso porque inexistente o direito constitucional de associar-se para fins ilícitos. Todavia, a simples alegação - ou a prova - da ilicitude da associação não basta para que a polícia a dissolva. Apenas à Justiça cabe a dissolução da associação, portanto.

Base contratual

A doutrina reconhece que um dos elementos do direito em análise é sua base contratual. Os membros que a criaram têm liberdade para deliberar sobre seu estatuto, e o indivíduo interessado em aderir a ela utiliza-se de sua vontade para ingressar na mesma, desde que aceite os termos desse estatuto. Nessa linha de ensinamento, Luiz Alberto David Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr. estabelecem: “A base contratual tem lugar à vista da voluntariedade da adesão à associação e ao seu teor estatutário, deliberado autonomamente por seus membros”²⁴. Associação é organização permanente e de base contratual, fundamentada no acordo de vontades dos aderentes.

Nesse contexto, utiliza-se o termo contrato como um acordo de vontades²⁵.

Na realidade, a expressão contrato de associação é juridicamente incorreta, uma vez que o contrato se caracteriza por perseguir objetivos distintos, enquanto a associação se caracteriza pela convergência de vontades em busca de um mesmo objetivo.

24 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Op. cit., p. 166.

25 RIVERO, Jean. Op. cit., p. 395.

A doutrina brasileira define contrato como ajuste, convenção, transação firmada entre duas ou mais pessoas em busca de determinado fim. O contrato nasce, portanto, quando as partes contratantes assumem certas obrigações. Todavia, tais objetivos não necessariamente devem ser contrapostos. O contrato de associação pode ter finalidade de ajuda recíproca, por exemplo, em que todos os membros da associação, que se encontram em um pólo contratual, buscam a mesma finalidade, onde o contrato terá a função de viabilizar essa ajuda mútua.

Nesse sentido, contrato é manifestação de vontade.

Voluntariedade

O direito de associação assegura à pessoa a liberdade de ingressar em nenhuma associação contra sua vontade. Todavia, algumas associações, constituídas sob a forma de pessoas jurídicas de direito público, são obrigatórias, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil, os sindicatos, os Conselhos Federais das categorias profissionais etc.

Voluntário, para os dicionários, é aquilo que não é forçado, ato realizado de acordo com sua vontade²⁶. A respeito da voluntariedade, ela é ínsita à própria ideia de liberdade. O termo liberdade, conforme doutrina Tércio Sampaio Ferraz Junior, inicialmente, entre os gregos, teve uma conotação fortemente política, não lhe sendo atribuída a noção de vontade. Com o advento do cristianismo, porém, cresce a importância da liberdade interna. Na medida em que os filósofos medievais assumiram a distinção entre querer e poder, introduziram na noção de liberdade um elemento novo. Essa distinção, em conformidade com o autor, traz para a liberdade a noção de liberdade de exercício. Dessa forma, a vontade passa a ser vista como opção, em que querer significará exercer o ato ou não exercê-lo. Essa possibilidade, que é inerente à vontade, será o cerne da liberdade²⁷.

26 *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, cit., verbetes: “voluntário” e “voluntariedade”.

27 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*, cit., p. 77 e ss.

A pessoa escolhe ou não se associar e, caso opte pelo ingresso em determinada associação, fá-lo-á por entender que será benéfico a si próprio, e se sujeitará às condições impostas por ela. Nesse sentido, as finalidades da associação se coadunam com os fins aos quais ela busca (sejam particulares ou sociais, morais etc.).

A afirmação de que a associação é um “estado de solidariedade por similitudes”, já vista, anteriormente, quando se ocupou da finalidade comum, também retém em si a característica da voluntariedade, uma vez que as pessoas se reúnem porque encontram um elemento similar (ou vários) entre elas que justifica a reunião. A partir dessas similitudes, nasce a vontade de se associar.

Direitos componentes da liberdade associativa

A liberdade de associação é composta por subdireitos ínsitos a ela. Alguns direitos se referem diretamente à entidade associativa: são os direitos de criá-la e dissolvê-la. São direitos de exercício coletivo, visto que só podem ser realizados com a presença de um grupo de pessoas. Diante dessa divisão, fica mais claro entender por que a liberdade associativa é direito individual de exercício coletivo. Por outro lado, há aqueles que apresentam índole subjetiva, estão relacionados ao ser humano considerado em sua individualidade. Referem-se à possibilidade de, dada a existência de uma associação, ingressar nela ou dela desligar-se. São direitos individuais.

Nota-se que os direitos referentes à entidade associativa são pressupostos para o exercício dos direitos inerentes ao indivíduo. Para que uma pessoa exerça seu direito individual de ingressar em uma associação ou dela desligar-se, é necessário que ela haja sido previamente criada. Por outro lado, se não houver a vontade de pelo menos dois membros permanecerem associados, a entidade deixará de existir. Há uma relação de dependência entre os direitos componentes dessa liberdade.

Note-se que o elemento voluntariedade é fundamental para o exercício dos direitos componentes da liberdade associativa. Essa observação apresenta relevância na medida em que, sendo um direito

constitucional fundamental que se baseia, essencialmente, no elemento vontade, uma interpretação que priorize essa voluntariedade está, efetivamente, concretizando a liberdade de associação.

Direitos concernentes à entidade: criação e dissolução

A liberdade de criar associação deflui do próprio direito de liberdade; implica a possibilidade de o indivíduo, em conjunto com pelo menos mais um indivíduo, constituir uma associação sem impedimentos e oposições do Estado.

Respeitada a finalidade lícita, sua criação independe de qualquer tipo de autorização. Assim, sua existência não está condicionada à vontade do Estado. O texto veda a interferência estatal em seu funcionamento²⁸. Esse dispositivo, associado à garantia plena da liberdade de associação²⁹, possibilita a conclusão de que é vedada ao poder público qualquer limitação preventiva da livre formação das associações.

A associação, como pessoa jurídica de direito privado, nasce com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente, seguindo o rito prescrito pelo direito civil.

Obedecida sua finalidade lícita, requisito exigido pela Constituição, as associações podem ser criadas. Se houver dúvida, o oficial de registro encaminhará o problema para o Poder Judiciário tomar a competente decisão, que o fará levando-se em conta a interpretação sistemática, teleológica e principiológica da Constituição cidadã que privilegia os direitos e garantias fundamentais.

Criada a entidade, a autoridade não pode intervir em seu funcionamento (a vedação da interferência estatal em seu funcionamento é uma de suas garantias). Por outro lado, o direito de associação engloba,

28 BRASIL. “CF 88, art. 5.º, XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.”

29 Art. 5.º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

também, a possibilidade de dissolução espontânea, uma vez que não é possível compelir a associação a existir. A dissolução das associações, como pessoas jurídicas de direito privado, pode ocorrer de duas formas: voluntariamente - a associação, criada livremente, se não houver mais interesse, pode ser dissolvida por vontade de seus membros. Outra forma é a involuntária, isto é, por ingerência estatal. Constitui garantia inerente ao direito de associação de somente ter suas atividades suspensas ou ser a entidade dissolvida por decisão do Poder Judiciário.

Assim como surgiu a vontade de criar, manifesta-se, neste momento, a vontade de dissolvê-la. O elemento vontade, fundamental à liberdade, aparece nos dois contextos: criação e dissolução.

A associação pode ser dissolvida pela simples vontade dos integrantes, obedecidas as condições do estatuto, mesmo que não haja motivo concreto para essa dissolução. Não se admite a obrigatoriedade dos membros permanecerem na entidade contra sua vontade. Nesse caso, obedecidas as condições do estatuto, o órgão deliberativo providenciará a dissolução formal da entidade.

Direitos inerentes ao indivíduo: adesão e desligamento

São direitos inerentes ao indivíduo a possibilidade de aderir a uma associação já constituída, bem como dela se desligar. O direito de adesão está relacionado à própria liberdade que lhe é inerente, ou seja, o ingresso em uma associação é voluntário. Essa liberdade assegura tanto a possibilidade de a pessoa não ingressar em associação alguma contra a sua vontade quanto a de ingressar livremente, atendidos os requisitos legais e do estatuto. Isso significa que o órgão deliberativo, composto na forma da lei, não poderá discriminar duas pessoas em situações idênticas, sob pena de ferir o princípio constitucional da isonomia. Nesse sentido, obedecidos os requisitos legais e estatutários, o indivíduo possui o direito subjetivo de se associar à entidade de seu interesse. Não há justificativa pessoal por parte da entidade que fundamente a recusa do ingresso da pessoa que deseja se associar.

Não se pode obrigar ninguém a se associar; o contrário também é válido: ninguém poderá ser compelido a permanecer associado. Conforme já visto, a liberdade de associação caminha em mão dupla: assim como é possível compor e descompor, para o indivíduo também há a permissão de ingressar ou retirar-se. Para isso, devem ser observados alguns requisitos. De acordo com o Código Civil, o estatuto deve prever, sob pena de nulidade, os requisitos para a admissão, demissão e exclusão de seus associados, assegurado o direito de defesa e de recurso no caso de exclusão, que só é admissível havendo justa causa³⁰.

O desligamento do associado pode dar-se de duas formas: voluntariamente, caso em que ele se demite; involuntariamente, na hipótese de desligamento por vontade da própria associação, que o excluirá de seu quadro. O Código Civil prevê que a exclusão só é admissível se houver justa causa, assegurado o direito de defesa e de recurso.

Foram vistos, linhas acima, os direitos que compõem a liberdade associativa, sejam os referentes à entidade, sejam os concernentes aos indivíduos. Nota-se, com isso, que a Constituição Federal foi pródiga ao estabelecer o direito de associação, reconhecendo suas diversas nuances, revelando sua importância e cabendo à doutrina apenas lembrar-nos da importância desse direito tão rico à sociedade.

Conclusão

O artigo teve por finalidade apresentar uma análise acerca dos aspectos constitucionais da liberdade de associação, permitindo-nos concluir que a Constituição de 1988, garantindo esse direito em diversos incisos, revelou sua importância.

A Constituição apresentou seus diversos elementos e coube à doutrina desenvolvê-los pormenorizadamente. Nesse sentido, o presente

30 “CC, art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.”

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2008.

trabalho procurou contribuir para o estudo desses elementos, apresentando os direitos componentes da associação e outros decorrentes do indivíduo, de modo a reconhecê-los como direitos individuais de exercício coletivo. Os direitos inerentes ao indivíduo, de aderir-se a uma entidade ou dela se desligar referem-se à sua feição individualista, enquanto os de criação e dissolução apresentam o caráter do exercício coletivo, pois são atinentes a decisões do grupo. Tanto o direito de criação quanto o de dissolução devem estar em consonância com todos os elementos inerentes à associação. Portanto, algumas restrições para criar associação ou dissolvê-la não caracterizam impedimento à liberdade associativa, mas simplesmente o exercício em consonância com todos os seus elementos. Os direitos inerentes ao indivíduo defluem da própria liberdade ínsita a eles, liberdade vista como ausência de constrangimento, atendidas as especificações do estatuto que a criou.

O direito de associação é instrumento utilizado para a conjugação de forças dos seres humanos aglutinados, buscando a concretização de interesses comuns. O homem, ao associar-se, fortalece-se, adquirindo a possibilidade de realizar determinados fins que ultrapassam suas fragilidades.

Reconhecendo, portanto, que o direito de associação tem por finalidade fortalecer o indivíduo na busca de seus objetivos, surge a necessidade de conhecer de forma mais aprofundada esse direito para melhor aplicá-lo.

Nesse sentido, a importância de seu estudo, de modo a se permitir sua utilização adequada em prol do fortalecimento dos direitos dos indivíduos e da paulatina concretização da tão sonhada democracia.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Serrano Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 14ª tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5ª ed., v. 1 e 2, Brasília: UnB, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16ª ed., 2.ª tir., São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 4^{ème} édition. Paris: L.G.D.J, 1972.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2^{ème} éd., t. 5^{ème}, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1925.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 1ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1990.

HOUAISS, A. (Ed). *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. CD-Rom. Produzido e distribuído por Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2006.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 3ª ed., v. 1 e 2, t. 2, Rio de Janeiro: Guanabara, 1934.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. 1ª ed., t. 4 e 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 - Com a Emenda nº 1, de 1969*. 2ª ed., t. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 6^{ème} éd., t. 2, Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA E O EQUÍVOCO DO LEGISLADOR AO DEFINIR MICROEMPREENDEDOR COMO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

João Alberto da Costa Ganzo Fernandez¹

Introdução

Em 2008, o Governo Federal, através da Lei Complementar 128/08, alterou a Lei Complementar 123/06 (Estatuto da Micro e Pequena Empresa), criando a figura do microempreendedor individual (BRASIL, 2006). Teve por escopo, facilitar a formalização da atividade dos profissionais autônomos, tais como: sapateiros, manicures, camelôs etc.

Não é propósito desse artigo discutir as evidentes vantagens sociais da inclusão de um setor econômico tradicionalmente relegado à informalidade, mas tão somente demonstrar a impropriedade da

¹ Advogado, Bacharel em Administração de Empresas, Mestre e Doutor em Engenharia Civil. Professor titular do Instituto Federal de Tecnologia de Santa Catarina. Endereço: Rua Nereu Ramos, 420/702, Florianópolis/SC. Telefone: 3028 1375. Email: jganzo@ifsc.edu.br.

classificação legal do microempreendedor individual, como empresário, conforme §1º, do art. 18-A, da LC 123/06.

Para tanto, parte-se da discussão da definição de atividade empresária expressa no art. 966 do Código Civil (CC), apresentando-se a Teoria dos Sistemas como parâmetro de classificação da atividade em empresária ou não empresária, para finalmente demonstrar que muitas das categorias admitidas como microempreendedores individuais, tecnicamente, não são atividades empresárias.

Os conceitos de empresa

Os últimos dois séculos foram marcados por uma multiplicação exponencial da riqueza mundial graças às empresas, organizações humanas que combinam eficientemente os fatores de produção de forma sinérgica e sistêmica para produzir e fazer circular bens e serviços.

Sempre existiram formas de trabalho organizadas e dirigidas. Porém, a acumulação de capital, a invenção de máquinas de produção em série e a expansão dos mercados pós-revolução industrial provocaram um desenvolvimento da atividade empresarial nunca antes visto.

Todavia, até os dias de hoje, os juristas debatem acerca do conceito de empresa. Esta seção discute as origens da teorização a respeito da empresa e os seus conceitos jurídicos e não jurídicos.

A Teoria da Empresa

Concebida em 1942, na Itália fascista, para melhor disciplinar as atividades econômicas privadas, esse sistema, em complementação à Teoria dos Atos de Comércio, que remonta à França de Napoleão, incorporou no seu bojo todas as atividades de prestação de serviços e as ligadas à terra. Materializou-se com a unificação parcial do Direito Comercial e do Direito Civil em um único diploma legal.

Waldírio Bulgarelli (1995, p.56) comenta as razões históricas que levaram o legislador italiano a essa mudança de paradigma:

Pressionado pela transformação do capitalismo comercial em capitalismo industrial, que tornara imprópria a assimilação do industrial ao comerciante para o fim de ser submetido ao estatuto deste, a intenção do legislador foi a de posicionar o industrial como empresário e, portanto, agente da produção, em igualdade de condições com o comerciante, produzindo-se em consequência uma reviravolta, ao substituir o sistema assentado no comerciante por outro baseado no empresário.

A doutrina brasileira já sinalizava desde a década de sessenta com as vantagens da Teoria da Empresa. De fato, como afirma Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 10), ela fora incorporada no projeto do novo Código Civil já em 1975. Durante os quase 30 anos que o Congresso levou para aprová-lo, diversas leis de interesse do direito comercial foram editadas inspiradas pela Teoria da Empresa. Destacam-se o Código de Defesa do Consumidor de 1990, a Lei de Locação Predial Urbana de 1991 e a Lei do Registro de Empresas de 1994.

Conceitos não jurídicos de empresa

A pesquisa no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (Houaiss et al., 2007, p. 1.128), revela que a palavra empresa possui três significados distintos:

- a) empreendimento para a realização de um objetivo (exemplo: as navegações portuguesas constituem empresas notáveis);
- b) organização econômica, civil ou comercial, constituída para explorar determinado ramo de negócio e oferecer ao mercado bens ou serviços;
- c) entidade jurídica, firma.

Para os economistas americanos Robert Hall e Marc Lieberman (2003, p.181), uma empresa, que a tradução brasileira² denomina de firma de negócios, é “[...] uma organização especializada em produção, de propriedade de pessoas particulares e operada por elas mesmas”.

Curtis Eaton e Diane Eaton (1999, p. 180), em sintonia com o conceito amplo de produção, acrescentam a prestação de serviços entre as atividades desenvolvidas pelas empresas. Segundo eles a empresa é “uma entidade que compra fatores de produção, ou insumos, e transforma-os em bens ou serviços, ou produtos para a venda”.

Enzo Rulanni (1983, p. 16), com enfoque sistêmico, considera a empresa muito mais do que o lugar no qual pessoas, organização e ambiente se confrontam e interagem em alguma solução que os satisfaça. Para ele a empresa é, no âmbito da economia, sujeito que exprime próprios interesses e os faz valer no ambiente externo. Trata-se de um sistema organizado que vive simbioticamente em um sistema maior - o sistema econômico-social, onde desenvolve uma função limitada e bem determinada.

Conceitos jurídicos de empresa

O Código Civil Italiano, sob influencia da Teoria da Empresa, tal como o Código civil Brasileiro, não conceitua a empresa, mas sim o empresário³, que é quem desenvolve atividade econômica, organizada, exercida profissionalmente para a produção ou a circulação de bens e serviços. Por dedução, a empresa é a atividade do empresário.

Segundo Fran Martins (1986, p. 27) a definição de empresa oriunda da Teoria da Empresa falha por ter sentido econômico e não jurídico. Complementa afirmando que ainda não existe um conceito jurídico para esta entidade. Opinião diversa é apresentada pelo italiano Gian

2 Tradução do inglês para o português de Luciana Michelino.

3 O conceito brasileiro, expresso no art. 966 do CC é tradução quase literal do conceito expresso no art. 2.082 do Código Civil Italiano de 1942, *in verbis*: “*É imprenditore chi esercita professionalmente un attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”. (ITÁLIA, 1991).

Franco Campobasso (1997, p. 24). Para ele, é indubitável que o conceito de empresário expresso no Código Italiano reporta-se a um conceito econômico, e nem podia ser diferente, pois se trata da descrição de uma realidade econômica.

Porém são distintas as tarefas do economista e do operador do direito. O primeiro analisa a função dos diversos atores da vida econômica no sistema de produção e distribuição da riqueza, enquanto o segundo está preocupado em fixar os requisitos mínimos necessários e suficientes que devem acontecer para que um dado sujeito seja exposto a uma dada disciplina: a disciplina dos empresários.

Ainda em relação ao conceito jurídico de empresa, é basilar a contribuição doutrinária do jurista italiano Alberto Asquini, um dos principais formuladores da Teoria da Empresa, publicada originalmente em 1943. Segundo Alberto Asquini (1996, p. 109-110) a empresa pode ser identificada por seu aspecto subjetivo, funcional, patrimonial (objetivo) e corporativo. No aspecto subjetivo a empresa é vista como o próprio empresário. No aspecto funcional, a empresa é vista como a própria atividade, ou seja, uma abstração. Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 1) considera que é este o conceito de empresa que a doutrina irá prestigiar. No aspecto patrimonial, empresa confunde-se com estabelecimento, que é o conjunto de bens que lhe dá materialidade. Por fim, no aspecto corporativo, empresa é uma instituição formada pelo empresário e seus empregados.

A tese de Asquini, no entender de Sylvio Marcondes (1977, p. 6)⁴, “[...] resolveu uma pendência na doutrina italiana, dividida em inúmeras correntes, cada qual pretendendo que a sua fosse a verdadeira conceituação de empresa em termos jurídicos”. Para ele, o conceito poliédrico de empresa tem perfeita aplicação no nosso direito, haja vista o exame de alguns preceitos legais brasileiros.⁵

Maria Helena Diniz (2006, p. 754) utiliza-se dos aspectos funcional e patrimonial descritos por Asquini, para definir empresa. Segundo o

4 Autor do livro ‘Direito de Empresa’ do anteprojeto do Código Civil de 2002.

5 Refere-se aos perfis subjetivo, presente no art. 2º, e objetivo, que aparece no art. 448, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

conceito operacional da autora, empresa é: “[...] a atividade organizada para produção e circulação de bens ou de serviços, desenvolvida por uma pessoa natural (empresário) ou jurídica (sociedade empresária), por meio de um estabelecimento”.

Reflexos jurídicos da caracterização da atividade empresária

A caracterização de uma atividade como empresária possui conseqüências jurídicas importantes, principalmente nas áreas tributária, falimentar e civil.

Aspectos destacados sob o prisma tributário

O legislador conferiu às sociedades simples regime de tributação análogo às sociedades empresárias⁶. O mesmo se deu em relação ao empresário individual. Esse regime de tributação das pessoas jurídicas e equiparadas (empresário individual) diferencia-se do regime destinado às pessoas físicas, no qual está enquadrado o profissional autônomo. Enquanto este está sujeito ao pagamento do Imposto de Renda Pessoa Física⁷, Contribuição Previdenciária e ao recolhimento do Imposto Municipal sobre Serviços (ISS), aqueles devem pagar Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para o Financiamento da Previdência Social (COFINS), Contribuição Previdenciária (INSS) e Imposto sobre Serviços (ISS)⁸. O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, por sua vez, pode incidir sobre o lucro real ou sobre o lucro presumido.

6 Ver art. 129 da Lei 11.196/2005 (MP do bem) e art. 146 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto n. 3000/99.

7 A legislação do imposto de Renda permite o abatimento de despesas da atividade do autônomo (salário de secretária, aluguel, etc) se registradas em livro caixa.

8 Em Florianópolis/SC, a alíquota varia entre 2% e 5% (Código Tributário Municipal, art. 256), calculada sobre o valor do serviço. (FLORIANÓPOLIS/SC, 1997).

Todavia, a Lei 9.249/95 estabeleceu, no art. 10º, a isenção do Imposto de Renda sobre os lucros ou dividendos distribuídos aos sócios ou acionistas, apurados a partir de janeiro de 1996. Isso significa que os rendimentos provenientes de lucros ou dividendos não são tributáveis, nem na fonte e nem na declaração do empresário (ou participante da sociedade simples). Evita-se, desta forma, uma possível bi-tributação. Cumpre esclarecer que a remuneração do trabalho do empresário, recebida na forma de pró-labore, é tributada da mesma forma que os rendimentos do autônomo.

De acordo com informações do Serviço Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa de São Paulo, de um modo geral, a empresa possui carga tributária menor que a do autônomo. Todavia, isso dependerá de uma série de fatores, tais como o faturamento e a atividade exercida. (SEBRAE/SP, 2007). Então, para pagarem menos impostos muitos prestadores de serviços de caráter personalíssimo constituem pessoa jurídica. Entretanto, por vezes, trata-se apenas de artifício para dissimular vínculo empregatício e burlar a legislação trabalhista e previdenciária.

Há, porém, situações em que a legislação tributária privilegia o trabalho autônomo. A jurisprudência catarinense apresenta casos recentes de clínicas médicas que entraram com ações de repetição de indébito para obter valores pagos, supostamente a maior, de ISS. Alegaram em juízo que, por não se considerarem empresas, deveriam recolher o ISS em valor fixo anual (como fazem os autônomos e sociedades simples) e não em alíquota incidente sobre o faturamento. Nos julgados pesquisados⁹, o entendimento predominante foi de negar provimento à argumentação dos autores, sob o fundamento de que as clínicas médicas demandantes perderam o caráter de sociedade simples, adquirindo o caráter empresarial.

Os casos das clínicas médicas encontrados na jurisprudência são emblemáticos por evidenciar a postura do intérprete, que considera a

9 SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Apelação Cível n. 2006.003326-5, da Capital; Apelação Cível n. 2006.004624-8, de Balneário Camboriú e Embargos Infringentes n. 2006.009564-3, da Capital.

realidade fática empresarial da atividade e não o que estava avençado no contrato social dos postulantes, todos registrados como sociedades simples.

De qualquer maneira, como aduz Jorge Rubem Folena de Oliveira (1999, p. 120), para o Direito Tributário, a empresa é vista como pessoa jurídica, ou seja, sujeito de direitos e obrigações.

Aspectos destacados sob o prisma civil

O exercício da atividade empresária cria ônus, obrigações e responsabilidades para quem a pratica. Entre as obrigações instituídas pelo Código Civil destacam-se o seu registro conforme determina o art. 967 do CC e a escrituração contábil, como dispõe o art. 1.179 do CC:

No plano da responsabilidade civil, se o exercício da atividade empresária implicar por natureza riscos, estará sujeito à responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 927 do CC:

A caracterização da atividade como empresária implica também algumas questões burocráticas. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 20) as empresas estão obrigadas às formalidades societárias periódicas, como a reunião anual dos sócios para aprovação de contas (sociedades limitadas); não admitem a figura do sócio que integraliza sua participação com serviços (CC, art. 997, V) e se submetem à proibição de formação de sociedade entre sócios casados em regime de comunhão universal e separação obrigatória (CC, art. 977).

No que diz respeito ao uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para a realização de fraudes, o CC, art. 50, autoriza o Poder Judiciário a ignorá-la e responsabilizar o sócio por obrigação que cabia à empresa.

Aspectos destacados sob o prisma falimentar

O princípio da preservação da empresa, cujo valor básico prestigiado é o da conservação da atividade e não do empresário, faz com que a atividade empresária receba um tratamento diferenciado quando está em dificuldades financeiras.

Com esta filosofia, o legislador brasileiro modernizou o estatuto falimentar promulgando em 2005 a nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/05), cuja marca principal é a instituição da recuperação judicial, muito mais eficiente no seu propósito que a antiga concordata, pois alcança somente os empresários cuja atividade econômica possa realmente ser reorganizada. (COELHO, 2005, p.39).

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2005, p.14), são quatro as atividades econômicas não empresariais que não podem pleitear o benefício da recuperação judicial, nem falir: quem presta serviço diretamente, mas não organiza empresa, os profissionais intelectuais, os empresários rurais não registrados na Junta Comercial e as cooperativas. Ou seja, todos que não são considerados empresários à luz do art. 966 do CC, inclusive as sociedades simples.

O art. 2º da Lei de Falências exclui também algumas modalidades de empresa, como as empresas públicas e de economia mista, além das instituições financeiras. Portanto, em regra, a caracterização da atividade como empresária é que permite o enquadramento no novo regime falimentar.

Os elementos de empresa conforme o art. 966 do Código Civil

Como já comentado, o art. 966 do CC define quem é empresário e quais são os elementos de empresa:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo Único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (BRASIL, 2002).

Percebe-se na leitura do texto legal a opção do legislador em subjetivar o conceito. Não há critérios claros que definam o que venha a ser uma atividade econômica, quando que ela é exercida profissionalmente e a partir de que condições ela passa a ser considerada organizada. Nesta seção, será feita uma análise de cada um dos elementos de empresa contidos no art. 966 do CC.

O profissionalismo

A atividade econômica deve ser exercida com habitualidade (sistematicamente) e não ocasionalmente. De acordo com Antonino Romeo (1985, p.18) habitualidade não significa continuidade, logo, pode ser sazonal, como por exemplo, a gestão de um estabelecimento balneário. Compartilha desta ideia Campobasso (1997, p.33) ao afirmar que para ser profissional basta que a atividade repita-se constantemente de acordo com a sua própria cadência.

Dílson Lange (2005, p.90) diverge deste entendimento. Para ele o trabalho sazonal não caracteriza a habitualidade. Cita como exemplo um veranista, que todo ano compra nas indústrias instaladas nas praias de Santa Catarina e revende aos amigos, como forma de ajudar nas despesas de suas férias. Este cidadão, para Lange, não pode ser considerado empresário, pois lhe falta a habitualidade.

Uma outra característica importante do profissionalismo, segundo Antonino Romeo (1985, p.18), é que a atividade econômica deve satisfazer a outras pessoas, ou seja, as empresas produzem para o mercado. O autor também coloca que o profissionalismo pressupõe a assunção do risco por parte do empreendedor. Este age em nome próprio. Para o autor italiano, não são empreendedores aqueles que agem em nome de outrem, como os representantes comerciais. Fábio Ulhoa Coelho (2007, p.11) explica melhor o conceito da pessoalidade: “O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços”.

Contudo, para Coelho, estes dois pontos, apesar de bem destacados pela doutrina não são os mais importantes. Para ele, o aspecto mais

importante do profissionalismo é o monopólio das informações que o empresário detém sobre o produto ou serviço objeto de sua empresa. Porque é um profissional, o empresário tem o dever de conhecer todas as facetas, características, qualidades e defeitos dos produtos ou serviços que apresenta para o mercado. Gian Franco Campobasso (1997, p.35) complementa os conceitos em comento afirmando que também a execução de uma única empreitada, como por exemplo, a construção de um edifício, deve ser considerada como profissional. Pela sua relevância econômica, implica a execução de operações múltiplas e complexas e da utilização de um aparato produtivo adequado a excluir o caráter ocasional e não coordenado deste tipo de ato econômico isolado.

A atividade econômica organizada

Atividade econômica, na acepção da palavra, significa atividade produtiva (bens ou serviços). O trabalho remunerado, portanto, não deixa de ser uma atividade econômica, cujo resultado pode ser o salário, para o trabalhador empregado ou os honorários (pró labore), quando se tratar de profissionais liberais. Tratando-se de empresas, o resultado da atividade econômica aparece na forma de lucro.

Para Hal Varian (1999, p.345) os lucros são definidos, na economia, como receitas menos custos. O objetivo é maximizar o valor presente do fluxo de lucros que a empresa deve gerar, pois assim estará aumentando o seu valor de mercado. A avaliação da empresa através do método do valor presente (fluxo de receitas menos despesas descontadas a uma certa taxa de oportunidade) possibilita a inclusão do fundo de comércio no resultado final da avaliação, o que não é possível quando se avaliam apenas os bens materiais da empresa por qualquer outro método (custo de reprodução, comparativo, etc).

Ensinam Joseilton Rocha e Paulo Selig (2001, p.2) que o lucro pode ser entendido, também, como a remuneração do capital investido.

Na organização empresarial, é necessário que apareça sempre alguma vantagem em forma de lucro. Pois, caso contrário, a empresa será abandonada pelo capitalista, via de regra muito exigente. O fim

lucrativo pode ser um caráter normal da atividade econômica empreendedora, porém não pode ser considerado condição para a existência da empresa. De fato, também as sociedades simples (não empresárias) podem ter o lucro como escopo. O art. 997 do CC que trata da constituição de tais sociedades exige, em seu inciso VII, que seja mencionada no contrato social a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas.

É plausível que exista sociedade simples, formada por dois sócios, na qual um é sócio capitalista que fornece os instrumentos de trabalho e a sede física da sociedade e o outro, profissional liberal que presta seus serviços. Ambos dividem o lucro resultado da atividade econômica social. Logo, a finalidade de lucro não pode ser considerada característica exclusiva das atividades empresárias.

Analisando a questão por outro ângulo, Dílson Lange (2005, p. 24) assevera que: “A busca pelo lucro é uma das qualidades inerentes à atividade empresarial e conseqüentemente se sujeita a uma serie de tributos federais, estaduais e municipais”. Já na sociedade simples, segundo o mesmo autor: “o lucro não é fator indispensável”. Ou seja, para ele, o lucro é fator indispensável à atividade empresária. Há entendimento no Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que o fim lucrativo caracteriza a atividade empresária, como é possível depreender do seguinte julgado transcrito:

(...) Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa. (BRASIL, 2004)

Antonino Romeo (1985, p.18), divergindo desta opinião, pondera que também são considerados empreendedores aqueles que não perseguem o lucro como finalidade, como as empresas públicas, as sociedades cooperativas e os fundos de pensão.

A produção e circulação de bens e serviços

Produção, no entendimento de Robert Hall e Marc Lieberman (2003, p. 181), “é o processo de combinar insumos para fazer produtos”. Os insumos compreendem a terra, o capital, o trabalho e a tecnologia, que é a maneira pela qual esses elementos podem ser combinados para produzir produtos. Entretanto, como bem ressalta Henri Guitton (1961, p.213), o conceito de produção é muito mais amplo do que simplesmente combinar insumos. Usando exemplo do próprio autor, ninguém refuta a ideia de que a manufatura de um relógio é uma produção. Porém, não é tão claro para a maioria das pessoas que o transporte e o comércio desse relógio possam também ser considerados como atividades produtivas. E o são, pois de nada adianta criar o relógio se ele não chega até quem lhe atribuir utilidade (consumidor). Logo, transportar e comercializar também são atividades produtivas.

Para que este conceito fique ainda mais evidente, considere-se outro exemplo. Um mineiro que extrai uma pepita de ouro está produzindo um bem. Ele não criou nada, apenas extraiu da terra algo que estava escondido e lhe deu utilidade. Mas não se pode refutar a idéia de que ele produziu. Pois assim procede o comerciante, quando extrai da indústria o relógio e o coloca à disposição do consumidor final. Nesta esteira, Henri Guitton, (1961, p. 214) afirma: “Há produção quando há criação de utilidades inerentes, incorporadas aos objetos materiais, isto é, quando o mundo ou a comunidade vê aumentar seus produtos materiais”.

Esta discussão é relevante porque, de acordo com o conceito anteriormente aposto, as atividades liberais autônomas também devem ser consideradas produtivas, a despeito de não serem empresárias, já que os serviços prestados por estes profissionais são importantes para que os bens materiais sejam produzidos (saúde dos trabalhadores, projeto das fábricas, aplicação de leis, etc).

Com a correta compreensão do que seja uma atividade produtiva, é importante retornar a discussão dos critérios que caracterizam uma atividade como empresária.

A teoria dos sistemas e a atividade empresária

A Teoria dos Sistemas e as organizações

A Teoria Geral dos Sistemas (TGS) surgiu com os trabalhos do biólogo austríaco Ludwig Von Bertalanffy, publicados entre 1950 e 1968. Segundo a TGS os sistemas vivos, sejam indivíduos ou organizações, são analisados como “sistemas abertos”, mantendo um contínuo intercâmbio de matéria/energia/informação com o ambiente. (CHIAVENATTO, 1993, p.749).

Segundo essa teoria, a empresa é vista como um sistema organizador e transformador de *inputs* trazidos do ambiente em *outputs* para o mesmo ambiente. (AIROLDI et al., 1989, p.73).

De acordo com o princípio da homeostase¹⁰, as organizações, como todo sistema aberto, procuram manter uma certa constância no intercâmbio de energia importada e exportada do ambiente, assegurando o seu caráter organizacional e evitando o processo entrópico (desintegração). Leciona Idalberto Chiavenatto (1993, p.775) que:

Enquanto em teoria de sistemas fala-se em homeostasia dinâmica (ou manutenção de equilíbrio por ajustamento constante e antecipação), usa-se o termo dinâmica de sistema em organizações sociais: o sistema principal e os subsistemas que o compõe são caracterizados por sua própria dinâmica ou complexo de forças motivadoras, que impelem uma determinada estrutura para que ela se torne cada vez mais aquilo que basicamente é. Para sobreviver (e evitar entropia), a organização social deve assegurar-se de um suprimento contínuo de materiais e pessoas (entropia negativa).

10 Conceito extraído da Teoria dos Sistemas que significa a propriedade de um sistema aberto de regular o seu ambiente interno de modo a manter uma condição estável, mediante múltiplos ajustes de equilíbrio dinâmico controlados por mecanismos de regulação inter-relacionados. (CHIAVENATTO, 1993, p. 765)

A empresa por este enfoque é, à semelhança de um ser vivo, um sistema que quanto mais se torna complexo, mais autonomia ganha em relação à sua própria auto-organização. Dentro desta concepção, a personalidade jurídica da empresa representa algo mais que a união de pessoas físicas em sociedade, representa o próprio sistema.

A essencialidade da força laborativa do empresário

Maria Helena Diniz (2006, p.755) considera que a figura física do empresário, como organizador dos fatores de produção, é essencial à continuidade da existência da empresa. Todavia, uma vez organizada a empresa, nada impede que o empreendedor delegue a sua gerência a outros indivíduos com aptidão administrativa. Nesta hipótese, a empresa continuará existindo como entidade autônoma e independente. Esse é o destino inevitável das grandes corporações. Nessas empresas, muitas delas transnacionais, os empreendedores originais já morreram faz tempo. Tal assertiva coaduna-se com a moderna Teoria dos Sistemas, já comentada anteriormente. A empresa, como sistema autônomo, tem que funcionar sem o caráter personalíssimo que é próprio da atividade autônoma. A atividade empresária, levada a cabo pela capacidade sistêmica de auto governar-se, subsiste sem o empresário pessoa natural (homeostase). Destaca Andrea Guaccero (1999, p.12, tradução nossa) que conceito semelhante é admitido por parte minoritária da doutrina italiana:

Para existir uma empresa é necessária a criação de um organismo econômico, como entidade objetiva, que em qualquer modo se autonomiza com respeito ao seu criador (o empreendedor). Aquela organização elementar dos fatores produtivos, centrada essencialmente no trabalho do sujeito agente é própria da pequena empresa, que porém está fora da noção de empresa.

Gastone Cottino (2000, p. 161) traz luz a esta discussão e afirma que a empresa pode sobreviver à pessoa física do empreendedor

(participação pessoal na gestão da empresa), como de fato ocorre amiúde. Os exemplos das fábricas abandonadas auto geridas pelos empregados demonstram que a presença do empresário não é decisiva nas realizações do processo produtivo.

A empresa concebida como um sistema

A empresa se concretiza na atividade do empresário, e, como afirma Rubens Requião (2000, p.59): “Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa”. Maria Helena Diniz (2006, p.755) aduz que:

Toda atividade empresarial pressupõe o empresário como sujeito de direitos e obrigações e titular da empresa, detentor do poder de iniciativa e de decisão, pois cabe-lhe determinar o destino da empresa e o ritmo de sua atividade, assumindo todos os riscos, ou seja, as vantagens e o prejuízo.

O conceito de Diniz admite a essencialidade do empresário na existência da empresa. Esta concepção é contestada por Gastone Cottino (2000, p.160), objeto de comentário no tópico anterior.

Conforme entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2007, p.3) “o empresário é o indivíduo vocacionado à tarefa de combinar e articular os fatores de produção”, que segundo o autor são quatro: capital, mão de obra, insumo e tecnologia. É ele quem, movido pelo lucro, vai estruturar as empresas, tratadas por Coelho como “organizações econômicas especializadas na produção de bens e serviços”.

Fábio Ulhoa Coelho (2007, p.20) admite que, tratando-se de sociedade, a pessoa jurídica que a personifica é que é empresária e não as pessoas físicas de seus sócios. Estes podem ser empreendedores ou investidores. “Os empreendedores, além do capital, costumam dedicar também trabalho à pessoa jurídica, na condição de seus administradores, ou as controlam. Os investidores limitam-se a aportar capital”. O autor distingue os conceitos de empreendedor e empresário.

Na mesma esteira, Alberto Trabucchi (1964, p.311) sustenta que, em relação ao ordenamento jurídico italiano, a possibilidade de tornar-se empresário¹¹ não se limita às pessoas físicas. Também as pessoas jurídicas podem sê-lo, como realmente sucede com as sociedades.

Ambos tocam em um ponto sensível do conceito expresso no art. 966 do CC, pois nada impede que a tarefa de organizar os fatores de produção seja realizada por intermédio de executivos ou consultores. Nesta hipótese, o capitalista que contratou os executivos (ou consultores) deve ser considerado investidor. A figura do empresário que organiza os fatores de produção está sendo exercida pela própria organização, através dos seus executivos. Estes são meros subordinados da estrutura (representada normalmente por um conselho de administração) e não podem ser considerados empresários.

Percebe-se, portanto, que a organização pode ser compreendida sem a figura do empresário que organiza os fatores de produção diretamente (essa tarefa foi delegada pelo investidor aos executivos/consultores). Até porque, uma vez organizados, tais fatores de produção comportam-se como um sistema autônomo (organismo), adquirindo vida própria independente da existência de qualquer empresário pessoa física e com uma função social. O sistema em si cumpre o exercício do empresário. Esta forma de conceber a empresa deriva da Teoria dos Sistemas. Com efeito, essa forma de ver a empresa, como sujeito de direito, é sustentada por Jorge Rubem Folena de Oliveira (1999, p.130), que afirma:

Com o surgimento das macroempresas, os empresários saíram do centro de decisão daquelas organizações, passando as empresas a terem vida própria, independentemente da decisão dos seus donos, que são vistos e tidos como meros investidores de capitais. Porém essa consequência fática ainda é pouco percebida nas legislações vigentes,

11 Neste caso, tradução direta de *imprenditore*, pois a doutrina italiana parece não distinguir os significados das palavras *impresario* e *imprenditore*, como faz Fábio Ulhoa Coelho em relação a empresário e empreendedor.

as quais tratam a empresa, não como um ente titular de direitos e obrigações, mas como mero objeto de direito, isto é, como um elemento de propriedade do empresário.

Por este ponto de vista, a pessoa jurídica deveria representar a empresa e não apenas a sociedade. Ou seja, compreendendo a empresa como um sistema, também a firma individual deveria ser considerada uma pessoa jurídica.

O Microempreendedor Individual (MEI)

Segundo Filipe Charone Tavares Lopes (2010), o Estatuto da Micro e Empresa, instituído pela LC 123/06 acarretou grandes benefícios para essas empresas, mas não ilidiu a dificuldade para o registro de pequenos autônomos ou ambulantes, que viam na burocratização e nos custos da abertura de seu empreendimento um grande entrave ao seu desenvolvimento.

Por isso, de acordo com o aludido autor, a LC 123/06 teve sua redação alterada pela LC 128/08 que, dentre outras disposições, trouxe maiores oportunidades de regularização das pessoas físicas que exercem a empresa de forma autônoma, com a criação do microempreendedor individual (MEI).

As vantagens para o Estado e para o cidadão que exerce seu trabalho de forma autônoma são muito evidentes. Há uma verdadeira inclusão social de um segmento importante de produção de riquezas que, tradicionalmente, sempre operou na informalidade. Aumenta-se a arrecadação tributária e previdenciária, promove-se a cidadania e possibilita-se ao estado maior controle estatístico sobre todos os estratos da economia.

Há também, benefícios práticos para o autônomo, como a simplificação na emissão de nota fiscal, exigência contábil de pessoas jurídicas contratantes de serviços e produtos.

Lembra, com propriedade, Leonardo Ribeiro Pessoa (2009) que: “A Lei Complementar 128/08, ao modificar a Lei Complementar

123/06, garante uma série de benefícios para os microempreendedores individuais, como por exemplo, aposentadoria, auxílio-maternidade, auxílio por acidente de trabalho, entre outros que, na informalidade, seriam impossíveis.

O equívoco na classificação do MEI como empresário

A definição legal de MEI está presente no §1º, do art. 18-A, da Lei Complementar 123/06, cujo texto reproduz-se a seguir: “Para os efeitos desta Lei, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil (...)”.

Por sua vez, as atividades possíveis de serem enquadradas como MEI estão elencadas na Resolução 58, de 27/04/2009, do Comitê Gestor do Simples Nacional. Basicamente são atividades de pequeno comércio e indústria e serviços de natureza preponderantemente não intelectual sem regulamentação legal, como, por exemplo: lavanderia, salão de beleza, lava jato, reparação, manutenção, instalação, auto-escolas, chaveiros, organização de festas, encanadores, borracheiros, trabalhos complementares da construção civil, agências de viagem, coveiro, manicure, dentre outros. Até técnico contábil foi incluído na lista.

Não obstante as vantagens já referidas, o legislador errou ao definir o MEI, pois muitas das atividades relacionadas na Resolução 58, claramente não são empresárias, considerando-se os critérios já discutidos nesse artigo.

Onde estão os elementos de empresa na atividade desenvolvida pelo coveiro? Ele organiza fatores de produção? Sua atividade persiste com a sua ausência (critério da não essencialidade da pessoa natural do empresário, segundo a teoria dos sistemas)? Obviamente que não. O legislador equivocou-se, ou na definição jurídica do MEI, ou na elaboração da lista.

Incontestável, porém, que do ponto de vista institucionalista, todas essas atividades elencadas são estratégicas para a economia, já que produzem riquezas e geram impostos. E, por isso, merecem amparo e proteção do estado, mas não devem ser igualadas às empresas. A

complexidade da organização dos fatores de produção presente na atividade empresária possibilita enorme potencial de geração de empregos. Só por isso, tecnicamente, as duas categorias, MEI e empresa devem ser diferenciadas, sem qualquer tipo de juízo de valor acerca das duas instituições.

O legislador deveria tão somente criar a figura do microempreendedor, categoria jurídica nova, distinta do empresário. Poderia, também, estender as benesses criadas ao microempreendedor àquelas atividades nitidamente empresárias constantes do rol da Resolução 58.

Conclusão

Para o CC, a atividade empresária é a organização dos fatores de produção realizada com profissionalismo, isto é, com habitualidade e personalidade. Por ser instituição estratégica para a sociedade a empresa recebe do estado proteção especial. Reconhecendo importância estratégica também na atividade autônoma, tradicionalmente relegada à informalidade, o legislador criou a figura do microempreendedor individual (MEI), estendendo-lhe vantagens quanto à tributação e registro.

Todavia, ao defini-lo no §1º do art. 18-A da LC 123, o legislador equivocou-se ao considerá-lo empresário individual. Segundo o enfoque sistêmico, que concebe a empresa como um organismo autônomo, há empresa se a organização prescindir da pessoa natural dos empreendedores para sobreviver. Se não prescindir, a atividade não é empresária, como é o caso de uma sociedade simples ou de um serviço autônomo como o realizado pelas manicures ou coveiros.

Outro exemplo ilustrativo é o de um mágico, classificado como MEI segundo o rol da Resolução 58, que realiza seu trabalho contando apenas com uma assistente. Se esse mágico deixar de existir, perece também a pseudo-empresa de entretenimento. Ou seja, sua essencialidade caracteriza a atividade como não empresária.

Um outro aspecto importante para a caracterização da atividade empresária é a presença ou não da exploração do trabalho alheio. A simples presença de colaboradores, como no exemplo acima, não faz com que uma atividade seja empresária. Entretanto, é difícil conceber-se a

atividade empresária sem o envolvimento de trabalho alheio. Para deixar claro o conceito, um derradeiro exemplo. Imagine-se um empresário individual (que por força do CC não é pessoa jurídica) que possua um estacionamento. É empresário, pois organizou os fatores de produção: terra, capital e, principalmente, trabalho de outrem. Se há um gerente nesta empresa, é fácil concluir que o negócio continuará existindo independentemente da presença do empresário. Logo, há uma empresa, organismo independente, cujo objetivo intrínseco é sobreviver, como todo organismo. Neste caso, o empresário deixou de ser a pessoa física e passou a ser a força homeostática da organização.

A importância destas reflexões reside na necessidade de prospecção de novos paradigmas que atendam as realidades fáticas que se apresentam com velocidade extraordinária no mundo econômico. O direito tem que acompanhar com a mesma agilidade a natureza mutante dos organismos e estruturas produtoras de riquezas e empregos, sob pena de constituir-se em óbice para o progresso da sociedade. Nesse aspecto, louvável a criação da figura do MEI, porém jamais confundi-lo com empresa, como fez o legislador, sob pena de enterrar toda uma teoria desenvolvida nos últimos setenta anos.

Referências bibliográficas

AIROLDI, Giuseppe; BRUNETTI, Giorgio; CODA, Vittorio. **Lezione di economia aziendale**. Bologna: Il Mulino, 1989.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n.104, p.108 - 126, out/dez.1996.

BRASIL, Presidência da República. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

BRASIL, Presidência da República. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006**. Estatuto Nacional da Microempresa e da

Empresa de Pequeno Porte. Brasília, DF: Senado, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 623.367/RJ**. Recorrente: Município de Rio de Janeiro. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Relator Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 15 jun. 2004. DJU de 9 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400064003&pv=000000000000>>. Acesso em: 23 out. 2007.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CAMPOBASSO, Gian Franco. **Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa**. 3. ed. Torino: UTET, 1997.

LOPES, Filipe Charone Tavares. **Análise da figura do microempreendedor individual (MEI) nas Leis Complementares nº 123/06 e 128/08**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2454, 21 mar. 2010. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14533>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

CHIAVENATTO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Parecer**. Exarado para o Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil. São Paulo, 2003. Disponível em: < <http://www.irtdpjbrasil.com.br/parecerfabio.htm>>. Acesso em: 25 set. 2007.

_____. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: Lei n. 11.101, de 9/2/2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COTTINO, Gastone. **L'imprenditore**. 4. ed. Padova: Cedam, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

EATON, Curtis; EATON, Diane. **Microeconomia**. Tradução de Cecília Bartalotti. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FLORIANÓPOLIS/SC, Lei Complementar n. 07, de 18 de fevereiro de 1997. **Consolidação das leis tributárias do município de Florianópolis**. Florianópolis, SC: Câmara Municipal, 1997. Disponível em: <<http://www.cmf.sc.gov.br>>. Acesso em: 23 out. 2007.

GUACCERO, A. Organizzazione. In: BAVETTA, C.; DI CECCO, G.; MANGANO, R.; MELINA, M.; PERRINO, M.; TERRANOVA, Giuseppe (org). **Diritto Commerciale I. L'impresa**. Casi e problemi presentati. Torino:Giappichelli, 1999.

GUITTON, Henri. **Economia política**. Tradução da edição original francesa de 1956 por Oscar Dias Corrêa. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

HALL, Robert; LIEBERMAN, Marc. **Microeconomia** – princípios e aplicações. Tradução de Luciana Michelino. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

ITÁLIA, **Codice Civile, Costituzione e leggi speciali**. Milano: Giuffrè, 1991.

LANGE, Dílson França. **Uma visão sistêmica do Direito de Empresas no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2005.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p.111-136, out./dez. 1999.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. **Simples Nacional: Microempreendedor Individual (MEI)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2075, 7 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12421>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Joseilton e SELIG, Paulo Maurício. O uso de indicadores de desempenho como base para remuneração variável nas empresas e suas influencias nos custos. In: Congresso Brasileiro de Custos. São Leopoldo, RS, 2001. **Anais**.

ROMEO, Antonino. **Diritto Commerciale**. Bresso: Tramontana, 1985.

RULLANI, Enzo. Teoria ed evoluzione dell'impresa industriale. In: RISPOLI, Maurizio (org). **L'impresa industriale**. Bologna: Il Mulino, 1983.

SEBRAE/SP. Serviço Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa de São Paulo. **O que é melhor, ser autônomo ou empresa?** Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br//principal> >. Acesso em: 15 out. 2007.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di Diritto Civile**. 14. ed., Padova: Cedam, 1964.

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. Trabalhos Acadêmicos na Unisul: apresentação gráfica para TCC, monografia, dissertação e tese. Disponível em: www.unisul.br/content/site/biblioteca/apresentacaografica.cfm. Acesso em: 28 jun. 2010.

VARIAN, Hal. **Microeconomia** – princípios básicos. Tradução da 4. ed. americana por Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1999.

A CONTRIBUIÇÃO DA BANDA DE MÚSICA DA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA NA PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL

João Batista Réus¹

Introdução

A prevenção², como atividade típica da Polícia Militar, deve ser con-substanciada de forma proeminente no âmbito das atividades de polícia administrativa³ dentro do exercício do poder de polícia⁴ do Estado.

-
- 1 Major da Polícia Militar de Santa Catarina, bacharel em ciência jurídicas, pós-graduado, especialista em administração de segurança pública.
 - 2 Uma das fases do exercício da polícia administrativa pelo Estado, dentro do ciclo de polícia, visando a preservação constitucional da ordem pública, através da dissuasão/presença, que caracteriza a prevenção. (LAZZARINI, 1999, p. 97).
 - 3 [...] a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir repressivamente (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; neste sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é preventiva (DI PIETRO, 2007, p.105). Para Lazzarini (1999), é uma das fases do ciclo de polícia, exercido pela polícia militar, na área da preservação da ordem pública, regida pelo direito administrativo, que se subdivide ainda em duas fases: a da prevenção e a da repressão imediata. Cabe salientar que a fase seguinte é a da polícia judiciária, regida pelo direito processual penal, atividade esta executada pela polícia civil, atuando na investigação, exercendo assim a repressão mediata. (LAZZARINI, 1999, p.93).
 - 4 Capacidade derivada do direito, de que dispõe a Administração Pública, como poder público, para controlar os direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, inspirando-se nos ideais do bem comum. (LAZZARINI, 1999, p.88)

O exercício dessa atividade durante muito tempo foi concebido nas sombras de um regime militar, que plantou no seio da população, principalmente a menos abastada, a máxima de que a repressão⁵ reinava nas veias da atividade de polícia, considerando-se o vínculo direto da instituição com o regime militar dominante.

Diante das necessidades máximas do ser humano, Maslow apud Coliman (2006, p. 57), citando a hierarquia das necessidades, assevera que a segurança, em segundo lugar, só é superada pelas necessidades fisiológicas. Considerando, no entanto, a realização básica dessas necessidades, a segurança impera e a busca passa a ser consciente por um lugar à sombra da proteção do Estado, onde o desempenho do papel social possa ser realizado com tranquilidade e não haja a necessidade de preocupação individual nesse sentido.

Na máxima em que o bem coletivo deve se sobressair ao individual, o contrato social⁶ parece bem definido, e as teorias de Rousseau⁷ parecem aflorar com clareza no contexto moderno de sociedade. No entanto, quando se analisa a questão longe do foco unilateral do verdadeiro sentido da interação social, a distância dos fundamentos de Rousseau impera, e a proximidade da visão Hobbesiana⁸ de sociedade torna-se latente, afastando-se da ideia associativa e aderindo-se à questão consequentemente pejorativa da submissão.

Empiricamente, como um senso comum de revolta a uma imposição própria do meio, surge a hipótese segundo a qual a origem do

5 Uma das fases do exercício da polícia administrativa pelo Estado, dentro do ciclo de polícia, visando a preservação constitucional da ordem pública através da contenção, que caracteriza a repressão “imediate”. Difere da repressão “mediata” exercida pela polícia judiciária através da investigação. (LAZZARINI, 1999, p. 97)

6 Referência à obra de Jean-Jacques Rousseau de 1762. Rousseau apresenta um Estado onde as pessoas abrem mão de certos direitos para que um governo possa obter as vantagens para a manutenção da ordem social. Diferentemente de Thomas Hobbes, que expusera suas ideias 100 anos antes, apresenta essa cessão ao governo de forma associativa e não impositiva como aquele.

7 Teorias apresentadas sobre o Estado por Jean-Jacques Rousseau em sua obra “O Contrato Social”, de 1762.

8 Visão do Estado apresentada por Thomas Hobbes em sua obra “Levitã ou a Matéria, Forma de Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”, de 1651.

desvio social é explicada pela cultura típica passada de geração a geração, caracterizando a teoria da transmissão cultural, enfocada por Caliman (2006, p. 239), em que o sentimento de insatisfação torna-se crônico, erigindo-se como uma herança maldita.

Para combater esses desvios, o braço do Estado destinado a essa tarefa, além de estar consciente dos procedimentos inerentes ao ciclo de polícia⁹, deve conhecer os conceitos, aproximar-se da comunidade e entender a máxima básica da terceira Lei de Newton, que pode ser aplicada a todas as áreas de estudo da humanidade, principalmente comportamental: toda ação provoca uma reação de igual intensidade, mesma direção e em sentido contrário.

No quadro atual, considerando a parca importância que nossa sociedade dispensa às questões culturais, principalmente voltadas à área musical, encontra-se um campo novo a ser explorado pela Polícia Militar de Santa Catarina, buscando não somente a prevenção, mas também maior proximidade com as comunidades carentes.

Esse caminho implica na observação de áreas ainda não exploradas, as quais podem ser redirecionadas. Nesse sentido, analisando as atividades da instituição, encontra-se a Banda de Música, que hoje está subutilizada, pois tem suas ações restritas a solenidades militares e algumas atividades civis.

Não obstante, existem os problemas sociais nas comunidades carentes, que têm um parco acesso à educação e um acesso mais restrito ainda aos meios culturais, principalmente às artes, que implicam em conhecimento técnico específico, como a música.

Diante destes fatos, a análise apresentada neste artigo tem sua relevância pela notória ambiguidade de sua finalidade institucional a qual se pode dividir em duas situações, interna e externa.

9 Atividade do Estado no exercício do poder de polícia que vai desde a fase de normalidade, passando pela fase de anormalidade ou quebra da ordem, até a fase investigatória, antes da fase processual, gerando uma zona de intersecção de competência entre as duas polícias estaduais, a militar e a civil. (LAZZARINI, 1999. p. 97)

Internamente, ao mesmo tempo em que visa proporcionar a reestruturação da Banda de Música da Polícia Militar, busca a divulgação da imagem da Polícia Militar perante a sociedade de uma forma adversa daquela voltada à repressão, imagem esta tão comumente difundida no seio das comunidades mais carentes.

Externamente, o trabalho desenvolvido poderá acarretar em significativo resultado voltado ao lado social, pois pode proporcionar uma nova perspectiva de vida à grande parte das crianças que, por falha na estrutura do Estado, permanecem grande parte do dia, muitas vezes, sem acompanhamento de qualquer pessoa que possa ajudar a moldar seu caráter social, ficando à mercê de influências negativas de pessoas que já estão diretamente moldadas por um contexto social violento.

A evolução do sentido musical

O sentido da audição proporciona o primeiro contato com o novo mundo onde se passa a frequentar após o nascimento, quando então se toma conhecimento de uma voz importante durante todo o percurso da jornada terrena.

Como uma impressão digital que ficará gravada para sempre, identifica-se primeiramente a voz da mãe, que acalantar e trará o conforto e a segurança e, posteriormente, a voz do grande companheiro na longa caminhada que se inicia, a voz do pai. Caracteriza-se aí a identificação com o novo mundo, um registro puramente sonoro, conforme demonstra Lindner (1999, p. 38) em seu trabalho monográfico.

No entanto, essa percepção começa alguns meses antes do nascimento, pois a audição é o primeiro dos sentidos a se desenvolver. Já no 3º mês após a concepção, o feto apresenta o parêlo auditivo completo, conforme ensina Reigado et al (2010, p. 5):

Todavia, tal avaliação já colheu resultados importantes. Por exemplo, Lecanuet (1996) documenta que a capacidade de reação ao som parece estar presente na maior parte dos fetos a partir das 28 semanas de gestação, altura em que o desenvolvimento

do aparelho auditivo está praticamente consumado e as ligações sinápticas se estabelecem. Segundo Lecanuet, o sistema auditivo humano evolui a partir daquela fase, durante o último trimestre de gestação, num ambiente preenchido por sons aos quais o feto responde de ponto de vista comportamental, elétrica e neuroquimicamente.

Inegável, portanto, a influência da música no comportamento do ser humano. Ora, se ao terceiro mês o feto já possui seu aparelho auditivo completo e já sofre influência de comportamento, mesmo no útero materno, agitando-se ou acalmando-se em decorrência da música que está sendo tocada, não se pode ignorar a influência da música no comportamento de uma criança em fase de formação de sua personalidade, ou ainda, em um adolescente em fase de enraizamento social.

Portanto, considerar-se que ter como máxima que se trata de um assunto novo é um enorme equívoco. O estudo da influência da música em relação ao feto, este sim, sem dúvida, está engatinhando. Porém, a influência da música sobre as emoções do ser humano vem sendo constatada ao longo da história através de vários fatos.

Aspectos históricos da música

Abordando uma análise histórica e buscando encontrar as raízes transformadoras da frondosa árvore musical que permite reconfortar nossas inquietudes emocionais em sua incomensurável sombra de possibilidades, podemos perceber que ao longo dos tempos, a força da música vem sendo personificada através das várias formas de representação que a humanidade utilizou-se para torná-la mais atrativa no sentido da audição, e também no sentido da visão, muitas vezes, buscando manter o controle dos homens uns sobre os outros.

Desde a descoberta do poder transformador da música, esta vem sendo utilizada ao longo da história, devidamente registrada, por todos aqueles que buscam manter o poder e o controle sobre um

determinado grupo em vários campos do relacionamento social, ou hoje ainda, quer seja em cultos religiosos ou campanhas políticas, reflexo do que se pode perceber em todas as áreas da antiguidade evolutiva do ser humano, desde relacionamentos diretos com a mitologia, como o canto das sereias, até a formação e o controle dos exércitos, campos distintos, porém, intrinsecamente ligados pela forma como atingem o comportamento através da emoção.

Encontra-se a origem da palavra “banda” no vocabulário germânico. Seu significado surge do estreito relacionamento que a música encontrou dentro do seio militar, principalmente porque sua raiz estava voltada para símbolos importantes utilizados com maior ênfase em épocas remotas, como a bandeira e o estandarte, conforme Meira e Schirmer (2008, p.33) asseveram:

Banda¹⁰ é a palavra de raiz germânica – *bandwa*, isto é, bandeira ou estandarte. No século XIV, já designa a tropa que forma sob um determinado estandarte ou uma bandeira própria, mais propriamente o vexilo, insígnia que se ostenta disposta em uma haste perpendicular ao mastro e que deve ter origem romana, onde foi própria da cavalaria para, depois, generalizar-se.

No conceito moderno, banda é um conjunto de instrumentos de sopro ou percussão com seus executantes e um regente chamado “mestre” e seu auxiliar, o “contramestre”.

O conceito moderno de banda, o entanto, foge do conceito tradicional de instrumentos de sopro e metais com inserção de instrumentos eletrônicos modernos, como o baixo e os teclados. Não obstante,

10 Diante das inúmeras definições apresentadas pelo dicionário para a palavra banda na língua portuguesa, desde uma análise mecânica, como “banda de rodagem”, até a análise política, “banda podre”, encontramos as definições voltadas para a musicalidade conforme destacado pelo autor supracitado, como “gót. *bandawa*, estandarte”, ou ainda “Agrupamento músico de número de componentes e formação instrumental variada, que em geral executa música popular ou marchas militares.” (NOVO AURÉLIO, 1999).

as “bandas concertos” continuam a existir e a inclusão de novos instrumentos eletrônicos tornou-se inevitável para proporcionar uma melhor interação entre as músicas já consagradas e as atuais que necessitam de um novo aparato instrumental para a sua fiel execução, sendo esse também o direcionamento da Banda de Música da Polícia Militar.

Aspectos históricos da Banda da PMSC

A Banda de Música da PMSC teve sua origem oficial no ano de 1893¹¹. Foi criada através da Lei nº 089, de 21 de setembro e contava com um efetivo inicial de 28 músicos de classe específica, seguindo as tendências mundiais da época que consistia na criação de um corpo musical militar específico, como aconteceu em todo país.

Tabela 1 - Data de criação das bandas de música militares de alguns estados brasileiros.

Estado	Ano de criação
Minas Gerais	1835
Rio de Janeiro	1839
Espírito Santo	1840
Sergipe	1844
Bahia	1850
Pará	1853
Ceará	1854
São Paulo	1857
Paraná	1857
Alagoas	1860
Mato Grosso	1892
Rio Grande do Sul	1892
Santa Catarina	1893
Goiás	1893
Amazonas	1893

Fonte: Binder (2006. p. 76)

11 Disponível em: <www.pm.sc.gov.br>. Acesso em: 09 julho 2012.

Carecendo de cultura, a capital catarinense ganhava a sua primeira manifestação artística de caráter público, que, em virtude de sua impecável afinação e da fiel interpretação em suas apresentações, recebeu do povo ilhéu, sem autoria confirmada, mas, a princípio, de um jornalista da época, após 35 anos de sua criação, o epíteto de “O Piano Catarinense”, conforme comprovam os registros da época¹², com o qual é conhecida até os dias de hoje.

Em 1977, marcou sua participação no Concurso Nacional de Bandas Sinfônicas, no município do Rio de Janeiro, com um espetáculo na sala Cecília Meireles, o templo maior da música erudita no Brasil, arrematando aplausos entusiásticos do público presente e elogios efusivos da exigente crítica carioca¹³.

No entanto, toda essa estrutura histórica não foi suficiente para manter a Banda de Música no patamar merecido e atualmente, atravessa uma fase singular em sua história. Das várias bandas que existiam em algumas cidades pelo Estado, restando hoje somente a da capital, que conta com 50 policiais músicos.

Para exemplificar o diferencial de importância dispensado às atividades culturais, a Polícia Militar de Minas Gerais conta hoje com uma banda de música, uma orquestra sinfônica, um conjunto de câmara, uma orquestra show e um conjunto para pequenos eventos, isto só na capital, Belo Horizonte, além de mais 17 bandas nos batalhões espalhados pelo Estado¹⁴.

Com base neste estudo, constata-se que a história da Banda de Música é marcada por uma ascensão geométrica e uma queda vertiginosa, com uma constante redução do seu efetivo e a consequente limitação das suas atividades.

12 Fonte: Anais do Centro de Comunicação Social da Polícia Militar de SC.

13 Idem.

14 Disponível em: <www.policiamilitar.mg.gov.br>. Acesso em: 09 julho 2012.

Delinquência juvenil e a música

A delinquência juvenil sempre foi um problema a ser administrado pelos poderes públicos em quase todos os países do mundo, e seu acelerado crescimento deu-se principalmente com a globalização acentuada do comércio e uso de entorpecentes ilícitos.

Costa (1976, p. 17), em seus estudos, aponta que a análise da delinquência geralmente é feita na mesma faixa etária da adolescência, ou seja, dos 14 aos 18 anos, com exceção feita a alguns países onde esta data prolonga-se até os 21 anos de idade.

Salienta que a adolescência representa, para o indivíduo, a reformulação de todos os conceitos de si mesmo, como um ser diferente, singular e se constitui numa experiência dura, de incertezas e de conflitos. Enfrenta o problema de não ser mais considerado plenamente criança, nem de ser aceito plenamente no mundo adulto, situando-se numa bipolaridade psicológica em termos de tratamento humano.

Constata-se também que uma definição geral e específica para os sintomas da delinquência juvenil está longe de ter um sentido passivo para todos os ramos da sociedade.

Izquierdo apud Trindade (2002, p. 36) admite a delinquência juvenil como um fenômeno específico e agudo de desvio e inadaptação, mas admite que é diversa a visão nas diferentes classes sociais, particularmente em função da formação profissional, quando voltada para esse segmento.

Assevera ainda esse autor que, para o jurista, delinquente é todo aquele que infringe qualquer das leis sancionadas pelo código. Trata-se da aplicação de uma normativa vinculada a uma conduta considerada contra a lei.

Para o psicólogo, o comportamento delinquencial obedece a uma série de causas, a uma constelação ou feixe de fatores etiológicos. Uns serão predisponentes e outros desencadeantes propriamente da conduta delinquencial.

No entanto, para o educador, o delinquente é o resultado de uma série de condicionamentos que o sujeito encontrou sem buscar; é um

enfermo da conduta com direito a tratamento e sem outros limites que os impostos pela impotência humana.

Já, para o homem comum da rua, oscila desde o que crê na solução pela repressão carcerária até o ingênuo que diz ser questão de oferecer um ambiente de tolerância e cuidados sentimentais.

Alheio a essas análises, com exceção dos casos clínicos e patológicos, de se considerar a devida importância aos fatores ambientais em geral, pois, com alguma frequência, não só o menor é inadaptado, mas também o meio em que ele vive, onde, muitas vezes, reina uma inadaptação de inserção a um processo social.

Segundo Bourdieu apud Fucci-Amato (2008), a família transmite à sua descendência um conjunto importante de bens que formam a verdadeira herança familiar. O conceito básico de herança financeira pode ser considerado simplório frente a toda a gama de conhecimentos que uma geração pode transmitir a outra, constituindo-se essa transmissão conjunta no verdadeiro legado para uma vida futura. Entre eles, o autor cita os capitais econômico, escolar, social e, principalmente, o capital cultural.

Entre os bens que podem ser transmitidos como herança, diante do contexto apresentado, o capital cultural destaca-se quando, dentro de suas características, interessa a inserção no meio musical. Segundo a análise da Fucci-Amato (2008), a visão *bourdieuniana* considera que a posição do indivíduo com relação à cultura é condicionada pelo meio familiar. Nesse sentido, tem-se a primordial importância da família na constituição cultural desse indivíduo.

Quando a família é ceifada de um de seus membros e a criança cresce em meio a um turbilhão de perguntas sobre seu verdadeiro papel social, o verdadeiro significado da palavra herança fica cada vez mais distante e o bálsamo para os problemas cobra o alto preço do envolvimento com a criminalidade.

Não obstante a ausência do pai, a perspectiva da criminalidade está ligada a vários fatores sociais. Entre eles, pode-se destacar o baixo índice de qualidade de vida no meio em que nasceu, desconhecendo outras realidades que possam impulsionar uma ambição sadia de crescimento, bem como o próprio abandono familiar.

Diante dessa constatação, surge a validade dos meios alternativos proporcionado pelo poder constituído, visando amenizar os efeitos de carência da herança familiar, buscando gerar bases sólidas para o crescimento produtivo dos que se encontram, por infortúnio natural, desprovidos de acesso ao arcabouço de valores familiares e quanto à aquisição do capital cultural.

A motivação, no entanto, pode identificar essa deficiência ao mesmo tempo em que proporciona meios de resgate e manifestação do capital cultural, que, segundo Bordieu apud Fucci-Amato (2008, p. 3), pode manifestar-se de três formas:

- *Estado incorporado*: como um patrimônio adquirido e interiorizado no organismo, que, portanto, exige tempo e submissão a um processo de assimilação (ou cultivo) e interiorização por parte do indivíduo – aprendizagem. No caso da música, o indivíduo é incitado ao estudo dessa arte e à prática de algum instrumento. Tal forma de capital cultural passa, então, a ser indissociável da pessoa, a constituir uma habilidade que a valoriza.

- *Estado objetivado*: como bens de consumo duráveis – livros, instrumentos, máquinas, quadros, CDs, DVDs, esculturas, etc. Portanto, é tributário da aquisição de bens materiais e dependente diretamente do capital econômico. Para ser ativo, material e simbolicamente, deve ser utilizado, apreciado e estudado, transformando-se em estado incorporado.

- *Estado institucionalizado*: como uma forma objetivada, caso de um certificado emitido por uma escola de artes, por um conservatório. Tal certidão de “competência cultural” não necessariamente indica o real acúmulo de capital cultural, e sim o reconhecimento oficial de tal processo. O valor do certificado depende de sua raridade e permite a convertibilidade do capital cultural em capital econômico.

Começa-se aqui a encontrar os parâmetros legais para a atuação do Estado nessa área, pois é seu dever também fornecer cultura. Porém, a educação musical há muito tempo está relegada a segundo plano na sociedade. Não obstante, o Capítulo II da Carta Magna, que versa sobre a União, no texto do art. 23, regular uma competência importante: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] V - proporcionar os meios de **acesso à cultura**, à educação e à ciência; [...]”¹⁵

Já na Seção II do Capítulo III, que versa sobre educação, cultura e esporte, o Art. 215 reza: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos **direitos culturais** e acesso às fontes **da cultura nacional**, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das **manifestações culturais**.”¹⁶

Mais especificamente, na Seção I do mesmo Capítulo, que versa sobre educação, encontra-se: “Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores **culturais e artísticos**, nacionais e regionais.”¹⁷

No entanto, assim como outros preceitos previstos na Carta Magna não são observados com a devida acuidade política e social, este também carece de atenção, refletindo-se, porém, em diversas outras áreas do convívio social, sendo percebido somente quando já extrapola o limite do aceitável, mas combatido somente em suas consequências de forma lenitiva, enquanto sua origem permanece soberba.

A importância da música

A música exerce um papel fundamental na educação, tanto que os constituintes deixaram registrado no texto Magno a necessidade do Estado prover cultura e nada reflete tanto a cultura de um país tão extenso quanto a musicalidade de seu povo, distinta nas diversas regiões.

15 Disponível em: <www.mec.gov.br>. Acesso em: 8 junho 2010 (grifo nosso).

16 Idem, grifo nosso.

17 Idem, grifo nosso.

Num passado não muito distante, o ensino musical era matéria curricular em nossas escolas e, mais uma vez enfatizando sua importância, a obrigatoriedade desse ensino renasce como um fênix altivo.

Segundo Mársico (1982, p. 16), mesmo considerando o comportamento humano como um fenômeno complexo, deve-se reconhecer que o ser humano pensa, sente e atua de modo original, dentro dos limites estabelecidos pela sua própria evolução, que está intrinsecamente ligada ao meio.

Nesse contexto, a música exerce seu papel preponderante como um veículo transmissor cultural, fato esse perceptível nas diversas colônias de imigrantes que se pode encontrar no Estado de Santa Catarina, por exemplo, onde ainda hoje cultivam a musicalidade típica dos seus países através de gerações.

Considerando esse poder que atravessa oceanos e gerações, uma análise mais focada pode emergir, suscitando novos rumos de acordo com os ventos da modernidade, visando alterar uma provável rota de envolvimento de crianças e adolescentes com a criminalidade.

Para ilustrar essa milagrosa transformação que a música pode proporcionar, Howard (1984, p. 12) foi muito feliz em sua colocação, conforme se pode observar:

Podemos esquecer as palavras e a melodia, mas isso não significa que esqueçamos as mudanças que provocaram em nós; melhor ainda, não é preciso que o esqueçamos. As modificações que a música, provoca em nossa vida interior, como, aliás, toda a impressão exterior que age sobre as profundezas do nosso ser, significam outro tanto de ampliação, de diferenciação, de aprofundamento em nossa substância íntima, ou melhor, são, no sentido próprio do termo, a causa do despertar de nossas faculdades.

A música, como veículo propulsor, pode ser um grande aliado na motivação da resiliência, ou seja, através da sua utilização pelos órgãos do Estado reconhecidamente constituídos para interagir com a

comunidade, gerar a capacidade de vencer as dificuldades, criando uma visibilidade positiva para a autoestima e a conseqüente capacidade de progredir, de alcançar novos voos e buscar uma nova realidade social.

Diante disso, diversas perspectivas podem ser geradas e, em especial, uma nova atividade pode ser desenvolvida pela instituição com o emprego da Banda de Música da PMSC na prevenção da delinquência juvenil, como se verá a seguir.

A Banda de Música da PMSC na prevenção da delinquência juvenil

A natureza jurídica de embasamento para as atividades inerentes à banda de música permeia o campo fértil e pouco explorado ainda da atividade de polícia administrativa em ações preventivas e, mais especificamente, no campo do policiamento comunitário¹⁸.

A própria constituição da atividade de polícia, mais especificamente o modelo utilizado no Brasil, originário do modelo Napoleônico¹⁹, que teve seu embrião de criação voltado para o público interno dos seus exércitos, sofreu alterações ao longo dos anos, passando por uma transição entre atender a sociedade através da atividade de segurança pública ou atender ao Estado no sentido de voltar-se para ações de segurança interna²⁰, ou até mesmo uma desvirtuação mais radical

18 Filosofia de trabalho policial vinculada aos preceitos da segurança cidadã, em que o respeito à dignidade humana e as parcerias sociais sejam as balizas orientadoras da construção de um mundo mais justo, fraterno, igualitário e seguro. (MARCINEIRO; PACHECO, 2005, p. 13).

19 Napoleão Bonaparte, durante suas conquistas pela Europa, disseminou o modelo *Gendarmerie* francês por todas as nações conquistadas. Este modelo é oriundo do século XIII, quando na França, com o fim do período feudal, é reorganizada a polícia a partir da investidura militar. Diante da necessidade que os Marechais de Campo tinham de cuidar da suas tropas estacionadas nas periferias das cidades nos intervalos de guerra, é criada a *Gendarmerie*, conhecida hoje em dia também como Modelo Napoleônico (MARCINEIRO, 2009, p. 37).

20 São atos planejados e coordenados pelo Governo, limitados e/ou determinados pelo ordenamento jurídico, aplicados contra ameaças de âmbito interno da Nação e visam superar situações que possam atuar contra os objetivos fundamentais. (MARTINS, 2008, p. 12).

dessas funções, quando serviam meramente aos poderes arbitrários dos governantes.

Com a consolidação das atividades de polícia administrativa imposta pelos preceitos constitucionais da Carta Magna de 1988, caracterizou-se com maior ênfase a atuação da polícia no campo da preservação da ordem pública²¹, porém, em atividades direcionadas para um maior contato com a sociedade, voltada para as necessidades mais proeminentes do cidadão.

Segundo Nazareno e Pacheco (2005, p. 26), ao citarem os princípios que Robert Peel²², considerado o pai da polícia moderna, apregoava quando da reforma da polícia londrina em 1829, já se pode observar o enfoque dado ao policiamento preventivo como uma meta precípua a ser seguida pelas instituições policiais em detrimento de uma ação meramente reativa: “O teste de eficiência da polícia será pela ausência do crime e da desordem, e não pela capacidade de força de reprimir esses problemas.”

Diante desses aspectos já asseverados em 1829 em Londres, percebe-se que as ações policiais meramente reativas não surtem o efeito necessário para garantir a tão almejada paz social. Não obstante, constata-se que o Estado não proporciona uma estrutura social condizente, salientando aqui as áreas da educação e cultura, as quais, quando devidamente motivadas, despertam um interesse relativamente duradouro

21 Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmonioso e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum (Decreto Federal nº 88.777, 1983). Doutrinariamente a ações da polícia na preservação da ordem pública ocorrem em duas fases distintas, em situação de normalidade e de anormalidade. Na primeira mantendo a ordem e na segunda restabelecendo-a. (LAZZARINI, 1999, p.76).

22 Ministro do Interior da Inglaterra no século XIX, que criou uma força policial em Londres a qual deveria seguir alguns princípios orientadores da atividade. Esta nova polícia foi descentralizada e difundida por todo o país. Peel formulou princípios próprios para a atividade policial, os quais são observados ainda hoje, destacando-se dentre eles: deve ser organizada sob o controle estatal; deve preservar a ordem pública e o bem comum; eficiência medida pela ausência do crime e da desordem e não pela força repressora (Amorim. 2009, p. 29).

que demandam certa quantidade de tempo disponível dedicado exclusivamente às atividades de aperfeiçoamento dessas tarefas, tempo esse que, quando ocioso, pode ser considerado de risco.

Nesse sentido, Caliman (2006, p. 25, grifo nosso) assevera que: “Na esfera do **tempo livre**, encontramos algumas faixas de população juvenil que reagem ao senso de mal-estar social, integrando as gangues e consumindo drogas.”

A ênfase dada ao estudo leva ao conceito de que a delinquência juvenil está diretamente ligada ao meio social em que a criança e o adolescente vivem.

Neste sentido, podemos observar que a delinquência constitui uma inadequada pauta de formação, cuja resultante é um comportamento discrepante em relação a um contexto determinado. A inadaptação, portanto, é um conflito de vida. (TRINDADE, 2002, p. 61).

Dentro desse contexto, pode-se concluir que o ponto nevrálgico a ser atacado está diretamente relacionado com a atividade de polícia, em especial a prevenção e a análise das causas deve ser pautada na ausência de toda uma estrutura social e, em especial, na carência crônica na área da educação, em detrimento das ações reativas pautadas tão somente no contexto criminalístico:

Partimos de uma hipótese segundo a qual a insatisfação das necessidades fundamentais da pessoa tende a provocar situações de risco pessoal e social, de mal-estar, de fadiga de viver. Partir de uma hipótese como a acima descrita significa optar por impostar todo o projeto sob uma perspectiva **educativa** e não **criminalística**. (TRINDADE, 2002, p. 27, grifo nosso).

Nesse sentido, a utilização de policiais voltados não primordialmente para a área operacional, como os que atuam profissionalmente

em atividades musicais, com o intuito inicial tão somente pautado na educação musical, torna essa aproximação mais fácil e motivadora. Como segundo plano, agora dando ênfase a essa atividade sob a visão institucional e governamental, tem-se o cunho preventivo, atividade esta muito difundida atualmente no âmbito das Polícias Militares de todo o Brasil.

Pelos motivos apresentados, este artigo busca apresentar à perfeita interação entre os vários benefícios que sumariamente a utilização de policiais da Banda de Música pode trazer à sociedade e à instituição, apresentando a análise de projetos sociais bem-sucedidos, implantados no Brasil.

Projetos sociais

A música, como toda arte, mexe com a emoção, e o envolvimento com a emoção desperta os melhores sentimentos do ser humano que, muitas vezes, estão apenas estancados pelas agruras de uma vida condoída sem um fio de luz que ao menos mostre um direcionamento a seguir.

Willems (1984, p. 2) afirma que a música desperta este sentimento mais profundo no ser humano e nos faz refletir sobre a realidade da essência do que realmente somos, ou seja, verdadeiramente bons: “A música é muitas vezes tomada como um simples meio de distração, de evasão ou de divertimento superficial, quando pode ser, e é realmente, a expressão daquilo que o ser humano tem em si de mais profundo.”

Diante dessa análise, constata-se que projetos desse cunho viabilizam o despertar de emoções mais profundas em crianças e adolescentes que passam a interagir de forma harmoniosa com a arte, que influencia em seus comportamentos, provocando um afastamento dos sentimentos de revolta, abandono, inferioridade e demais sentimentos pejorativos, que são acalmados pelo sentimento de realização pessoal que os afasta do caminho da criminalidade, tido antes como único alento, em forma de extravasamento da revolta para suas frustrações.

Projeto Artistas da Paz

O Projeto Artistas da Paz surgiu no ano de 2003 em Belo Horizonte/MG, tendo como parceiros Fundação Guimarães Rosa, Polícia Militar de Minas Gerais e Sociedade Cruz de Malta.

Nasceu com a filosofia de que cidadania e segurança também se fazem com música e com o objetivo primordial de investir em crianças e adolescentes, levando educação através da arte, buscando despertar o interesse na cultura e, conseqüentemente, descobrir novos talentos, visando proporcionar, acima de tudo, uma passagem para uma nova realidade social a todos que já se sentiram marcados de alguma forma pela discriminação,

Diante da motivação apresentada, o foco central e original foi mantido e, com o objetivo central de propiciar a educação pela música, os autores encontraram fundamentos que englobam vários aspectos do desenvolvimento humano, enfatizando:

A musicalização, além de transformar os juniores em indivíduos com percepção musical, propicia-os a uma atividade intuitiva que cria um estado mental intelectual favorável a aquisição de conhecimentos musicais, **auxiliando-os no desenvolvimento e aperfeiçoamento da socialização, alfabetização, inteligência, criatividade, coordenação motora, percepção sonora, estética, raciocínio lógico e matemático, equilíbrio emocional, além do reconhecimento dos valores afetivos e pátrios.**

Conforme citado no projeto, o sociólogo Claudio Beato ratifica a estreita ligação que há entre o envolvimento com entorpecentes, o homicídio e os jovens, a saber:

[...] a criminalidade em Belo Horizonte está diretamente relacionada ao tráfico. Além dessa relação quase umbilical, a maioria dos homicídios, explica Beato, envolve jovens de 14 a 24 anos – ora como vítimas, ora como agentes.

Referente às atividades práticas, o projeto constitui-se de diversas oficinas, como a de percepção musical, de canto coral, de flauta, de violão, de percussão e ainda uma mais específica para o aprendizado do violino. Atualmente, conta com cerca de 160 crianças com idade de 6 a 14 anos de idade, distribuídos no período da manhã e da tarde, com aulas nas segundas e quintas-feiras, contando também com aproximadamente 50 idosos que participam da oficina de canto coral.

A coordenação das atividades é feita por um Oficial Músico que conta com o auxílio de mais nove militares, todos componentes da Orquestra Sinfônica e da Banda de Música, exercendo as funções de professores das referidas oficinas.

Com referência aos resultados obtidos, há informações realmente motivadoras, principalmente aquelas advindas da própria comunidade que se sente beneficiada com as atividades do projeto, conforme se observa no relatório do projeto pedagógico:

Através deste Projeto, percebeu-se uma grande mudança comportamental nos juniores, a saber: melhor desempenho nas atividades escolares, disciplina, comportamento, relacionamento entre colegas e professores. É também notório que ficando os juniores menos tempo nas ruas e tendo oportunidade de ocupar o tempo livre no aprendizado, recupera seguramente a cidadania contribuindo assim para a redução da criminalidade e da violência. O reconhecimento da sociedade em relação ao Projeto é uma constante. As famílias têm prazer em encaminhar os juniores para o Projeto, pois percebem a mudança comportamental dos mesmos. As autoridades sempre elogiam, principalmente quando das apresentações, as crianças se agigantam arrancando efusivos aplausos das diversas platéias. Há também as participações em programas de televisão as quais são sem dúvida motivo de orgulho para a comunidade do Morro das Pedras e a satisfação do dever cumprido para os parceiros: Fundação Guimarães Rosa, Polícia Militar de Minas Gerais e Sociedade Cruz de Malta.

Atualmente, com o apoio da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, além do envolvimento da sociedade civil e do Poder Público, por intermédio de instituições, como a Fundação Guimarães Rosa, Polícia Militar e Sociedade Cruz de Malta, aproveitando essa capacidade de mobilização social, o projeto inaugurou um novo modelo de enfrentamento da exclusão social e resgate da cidadania, com seu caráter tipicamente preventivo.

Projeto Música no Rancho da Canoa

Este projeto²³ situa-se no bairro Campeche, município de Florianópolis/SC e foi idealizado pelo Sr. Getúlio Manoel Inácio, Suboficial da reserva remunerada da Aeronáutica, com o apoio do Sr. Almir Manoel Martins, Subtenente da reserva remunerada da Polícia Militar, ex- integrante da Banda de Música.

Como o próprio nome já indica, recebeu este nome em virtude do local onde são ministrados os ensinamentos localizar-se realmente num rancho de canoas. Durante o dia, as canoas, quando já não são retiradas cedo para irem ao mar, são colocadas na parte externa e o espaço torna-se uma sala de aula e de treinamento musical.

Com seu início aproximado há um ano e seis meses, possui hoje, seis professores, todos voluntários, que utilizam o tradicional método Yamaha no ensinamento de teoria e prática musical para alunos iniciantes, que consiste no emprego de três livros didáticos de 50 páginas cada, com meta de utilização de um por ano.

Conta atualmente com duas turmas, uma mais adiantada, com 15 alunos que estão na faixa etária dos 10 aos 28 anos de idade, porém, somente quatro são maiores de 18 anos. A outra turma iniciante possui 20 alunos, de 10 a 45 anos, destes, no entanto, dez são menores de 18 anos.

23 Conforme entrevista realizada com a Sr. Almir Manoel Martins, Subtenente da reserva remunerada da Polícia Militar, ex-integrante da Banda de Música da Polícia Militar de Santa Catarina, um dos responsáveis pelo projeto, na data de 21 de junho de 2010, às 1400h.

As aulas são ministradas somente duas vezes por semana, visando motivar os treinamentos individuais em casa e a consequente ocupação do tempo livre desses alunos com o envolvimento no aprendizado musical.

Nesse sentido, considerando que o projeto é mantido somente com recurso próprios, necessitando de auxílios da comunidade, Martins²⁴ afirma que o grande convencimento está justamente na ocupação do tempo livre dessas crianças e adolescentes com a arte:

Falando com um comerciante local, que reclamava da falta de policiamento, porque seu estabelecimento havia sido assaltado, disse a ele que o projeto era justamente neste sentido. Uma simples colaboração com o projeto poderá intervir nestes atos de criminalidade. Disse a ele que os menores do projeto, se não estivessem lá, poderiam ser mais um assaltante a levar seu dinheiro. Ele perdeu muito mais com o assalto do que se estivesse colaborando com o projeto. Já tive muitas vezes que colocar dinheiro meu para ajudar, mas olha, se eu conseguir ao menos tirar uma dessas crianças do caminho das drogas e da criminalidade, todo meu esforço já estará sendo recompensado. Estamos trocando armas por instrumentos musicais.²⁵

O índice de desistência no primeiro ano do projeto foi de 40%; já no segundo, esse percentual caiu drasticamente para 10%, que, segundo Martins²⁶, um fato natural na fase de ajustes e adaptação do projeto, que busca aperfeiçoar-se, tonando-se mais atrativo.

Martins²⁷ relata casos interessantes que foram constatados no pouco tempo de existência do projeto. No primeiro, uma família em que a mãe era Argentina e o pai e um filho de 15 anos estavam totalmente

24 Idem.

25 Idem.

26 Idem.

27 Idem.

envolvidos com drogas. Outros dois irmãos, um menino de 12 anos e uma menina de 14 anos, participaram do projeto até o retorno da mãe com os filhos para a Argentina. Exalta a eficiência da música que, com a colaboração da mãe, manteve as duas crianças distantes das drogas, mesmo estando dentro do próprio lar.

Enfatiza ainda a importância da música na formação do cidadão. Em outro caso, um garoto que, segundo a mãe, era apaixonado por saxofone, mas tinha dificuldades de aprendizado. No entanto, através de uma visão mais apurada, constatou que o problema não estava na dedicação ou no dom musical. Em virtude de ter o peso corporal um pouco acima do normal para uma criança na sua idade, o garoto possuía uma autoestima muito baixa e sentia-se inferior aos demais meninos, principalmente na capacidade de aprendizado musical. Uma observação mais apurada resultou num incentivo especial e num resultado que pode se refletir por toda a vida dessa criança:

Alguns professores me disseram que ele não tinha jeito para a música, mas a mãe me dizia que ele adorava. Percebi que ele tinha problemas de auto-estima, mas como não tenho conhecimento nesta área, não sabia como agir. Resolvi então, dar uma atenção especial. Comecei a elogiar mais, a mostrar suas capacidades e a dizer que não era inferior a nenhum outro menino. Dei um trecho de música para ele e ensaiei com muita paciência durante alguns dias. Depois de perceber que já estava bom, disse para ele chegar em casa e tocar para seus pais, mas antes, para se concentrar e lembrar de mim, lembrar de tudo que ensaiamos. Na outra aula ele voltou maravilhado, disse que seus pais adoraram, que o elogiaram muito. Deste dia em diante ele transformou-se em outro garoto. Totalmente dedicado, seu talento desabrochou e hoje até foi escolhido para fazer parte do grupo de apresentações.

Outro ponto observado o qual foi bastante enfatizado na entrevista realizada diz respeito a uma importante relação do aprendizado

musical com a formação disciplinar dessas crianças, constatado ao longo do projeto, observado pelos próprios familiares na mudança diária que essas crianças apresentam na convivência familiar, conforme depoimento a seguir:

Uma mãe veio agradecer porque seu filho era muito rebelde e havia mudado. Eles aprendem disciplina aqui também, o que muitas vezes não têm em casa. É perceptível, chegam sem respeitar as outras crianças, querendo tocar tudo a toda hora. Aí a gente diz a hora de escutar, de ficar quieto, a hora de tocar, a hora que pode falar e eles vão aprendendo a se comportar, criando disciplina.²⁸

A música tem essa particularidade e envolve totalmente quem se entrega aos seus deleites, de uma forma salutar. Os reflexos podem ser percebidos não somente no campo das artes, mas em todas as áreas do relacionamento humano. Conforme afirma Martins²⁹, contribui tanto na área das ciências exatas, como a matemática, porque o estudo da música requer o desenvolvimento desta área, quanto na área da linguística, pois o desenvolvimento da percepção musical colabora no aprendizado de novos idiomas.

Projeto Orquestra Cidadã dos Meninos do Coque

O projeto³⁰, que teve início há aproximadamente três anos, visa oportunizar uma nova perspectiva de vida a crianças e adolescentes da favela do Coque, situada na cidade do Recife/PE.

Nessa favela, encontra-se uma das comunidades mais pobres e com um dos maiores índices de criminalidade da cidade. Um local onde

28 Idem.

29 Idem.

30 Música para combater a criminalidade e mostrar que a vida é bonita. Matéria do Jornal Nacional, da Rede Globo de televisão, de autoria de Alfredo Bokel, publicada no site globo.com em 21 de maio de 2009.

um futuro melhor para qualquer um de seus moradores parecia ser algo inatingível há pouco tempo, no entanto, novos ventos sopraram trazendo um novo alento através da musicalização.

Idealizado pelo juiz João José Targino, com a ajuda do maestro Cussy de Almeida, o projeto começou do zero e, quando as crianças ingressaram, não sabiam nada de música nem de matemática, considerando que as duas se confundem, principalmente se analisada a teoria musical, conforme afirmou o maestro.

Visando uma melhor abrangência e garantia social do projeto, através da integração com órgãos institucionalizados, uma parceria importante foi conquistada junto ao Exército Brasileiro. A Escola de Música e a Orquestra funcionam dentro do 7º Depósito de Suprimentos do Exército, que cede as instalações e três refeições diárias para as crianças, de segunda a sábado.

O projeto, que consiste numa escola de música e a formação de uma orquestra, conta atualmente com 130 participantes, entre meninos e meninas, todos completamente envolvidos e motivados pela descoberta de uma nova realidade bem distante da que conheciam, buscando novos sonhos e, principalmente, o distanciamento da marginalidade social que, ao longo dos anos, apontaria tão somente um caminho desvirtuado a todos eles, sendo considerada uma segunda casa para as crianças, conforme demonstra João Pedro, que toca violino na orquestra e já aprendeu onde a música poderá levá-lo: “Vou querer tirar minha mãe do Coque, colocar num bairro calmo, que não tenha muita violência, vou, assim, construir a minha vida, uma família pra mim.”

O idealizador do projeto afirma que o mérito pelo sucesso depende exclusivamente da dedicação de cada criança envolvida, destacando que o projeto não é assistencialista, pois as crianças têm que fazer a sua parte, exigindo delas dedicação aos estudos através da cobrança de bons resultados e boas notas, além de bom comportamento social, valorizando os que se destacam como músicos.

O pensamento do juiz, embasado logicamente no exercício de sua atividade profissional, vem ao encontro dos conceitos de valorização da prevenção aqui apresentados. Enfatiza a necessidade de

se investir em prevenção através da educação, na base de formação do cidadão, desonerando, dessa forma, o poder judiciário para dedicação a casos mais complexos que envolvem cidadãos já em fase adulta de formação, considerando a diminuição que isso acarreta no envolvimento de crianças e adolescentes com o crime, conforme enfatiza:

A maneira mais eficiente de diminuir a criminalidade e os conflitos que acabam desaguando na Justiça é investir em educação, dando oportunidade e uma chance de futuro para crianças de comunidades pobres.

O projeto, em pouco mais de três anos de existência, já rendeu muitos frutos e um vasto repertório que inclui, entre outros, Vivaldi, Bach, Guerra Peixe, Pixinguinha e Luiz Gonzaga. Muitas apresentações já foram realizadas e dois alunos se destacaram como novos promissores talentos, tanto que fizeram jus a uma bolsa de estudo no exterior, visando o aperfeiçoamento na arte que os encantou e motivou a descoberta de suas capacidades.

Mas acima de tudo, o destaque principal está na oportunidade que está sendo criada a esta geração de desafortunados. Surge um novo campo a ser semeado com probabilidade de bons frutos, bem distante das ervas daninhas plantadas pela criminalidade nos campos das sociedades carentes deste país.

A motivação precípua sem dúvida é a música, porém, o lema principal de toda a equipe enraíza-se no fato de que o projeto visa formar bons cidadãos em primeiro lugar e que a formação de bons músicos é uma questão de mera consequência da dedicação e do talento devidamente detectado e desenvolvido.

Legislação atual

A interação de policiais militares junto às escolas num processo de instrução de aulas de música vem ao encontro da atual legislação que versa sobre o ensino no Brasil, considerando a mudança ocorrida no ano de 2008, quando da sanção, pelo Exmo. Sr. Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, da Lei que alterou a norma básica do ensino no Brasil, tornando obrigatório o ensino musical nas escolas de todo o país.

Nessa senda, clareando o assunto e definindo as normas específicas, tem-se a guarida dos fundamentos do ensino através da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, que, no entanto, não previa a obrigatoriedade de ministrarem-se aulas de músicas nas escolas, mas somente o ensino da arte num contexto geral:

Art. 26. Os currículos do ensino fundamental e médio devem ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela.

§ 1º Os currículos a que se refere o *caput* devem abranger, obrigatoriamente, o estudo da língua portuguesa e da matemática, o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política, especialmente do Brasil.

§ 2º O ensino da arte constituirá componente curricular obrigatório, nos diversos níveis da educação básica, de forma a promover o desenvolvimento cultural dos alunos.

§ 3º A educação física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular da Educação Básica, ajustando-se às faixas etárias e as condições da população escolar, sendo facultativa nos cursos noturnos.MEC

§ 4º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias

para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e européia.

§ 5º Na parte diversificada do currículo será incluído, obrigatoriamente, a partir da quinta série, o ensino de pelo menos uma língua estrangeira moderna, cuja escolha ficará a cargo da comunidade escolar, dentro das possibilidades da instituição.³¹

A Lei 11.769, de 18 de agosto de 2008, alterou o artigo 26 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, impondo a obrigatoriedade do ensino de músicas nas escolas de todo o país, a saber:

Art. 1º O art. 26 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

Art. 26 [...]

§ 6º A música deverá ser conteúdo obrigatório, mas não exclusivo, do componente curricular de que trata o § 2º deste artigo.

Art. 2º (VETADO)

Art. 3º Os sistemas de ensino terão 3 (três) anos letivos para se adaptarem às exigências estabelecidas nos arts. 1º e 2º desta Lei.³²

Cabe salientar que o art. 3º da supracitada Lei estabeleceu o prazo de três anos letivos para que o sistema de ensino se adaptasse às exigências da nova Lei, isto a contar de agosto de 2008. Portanto, para 2012, tem-se a obrigatoriedade do ensino de músicas nas escolas.

31 Disponível em: <www.mec.gov.br>. Acesso em 20 junho 2010 (grifo nosso).

32 Idem.

Considerações finais

Historicamente, o envolvimento do ser humano com a musicalização remonta há tempos idos, no qual se constatou que, ao longo dos anos, a música foi utilizada como instrumento de controle dos povos uns sobre os outros.

Analisando as bases históricas da Banda de Música da Polícia Militar, constatou-se que sua fundação deu-se em 1893 e, embora sua trajetória tenha sido profícua, na atualidade sua importância tem sido relegada a segundo plano dentro da instituição.

Identificadas e analisadas as raízes da delinquência juvenil, constatou-se inicialmente que o conceito estudado nos dias atuais advém de uma análise jurídica e não psicológica. Consoante as novas tendências de investimento em ações preventivas em detrimento das ações repressivas, o contexto jurídico-punitivo tem alçado novos voos em campos menos contudentes e mais compreensivos em relação à realidade social vigente.

Diante dessa análise, percebe-se que as raízes da delinquência residem basicamente no contexto social. A falta de recursos financeiros que proporcione condições dignas de vida, aliado a uma família desestruturada, somado a um convívio social comunitário degenerado e adicionada uma certa inexistência de perspectivas de mudança, constitui-se num campo mais que propício à germinação dos fatores de risco à delinquência.

Detectou-se que, diante de todos esses problemas, a falta de cultura sobressai-se, pois sua ausência implica em reflexo profundo num dos problemas que à primeira vista não parece prioritário, mas, se ao menos amenizado, pode destravar a porta que sempre esteve fechada, atuando, dessa forma, sobre as causas e não sobre as consequências, constituindo-se numa ação de efeito duradouro e não paliativo.

Diante dessa lacuna cultural, uma breve análise do texto contido na Carta Magna demonstrou a responsabilidade do Estado em prover a cultura necessária aos seus cidadãos, no entanto, sem muito efeito prático na atualidade social vigente.

Sob esse prisma, verificou-se a importante influência da família na formação do indivíduo, sua personalidade e principalmente o preparo para sua inserção na sociedade como uma peça colaboradora e não um entrave à engrenagem. A ausência de um dos membros, principalmente a figura paterna, constitui-se num dos grandes motivos do aumento do índice de evasão escolar, o que caracteriza a escola como um grande fomentador da socialização e o substituto mais apropriado para a carência de estrutura familiar.

No entanto, a escola atual, em sua grande maioria, mantém o aluno ocupado somente por um período do dia, enquanto, no outro, muitas vezes, sem o acompanhamento familiar, fica à mercê dos sabores da convivência delinquencial, que passa a ser seu esteio no processo de socialização e sua única fonte de aquisição de cultura.

Diante desse quadro, observou-se que a música possui uma força transformadora por ter a capacidade de interagir com as questões mais intrínsecas do ser humano, chegando às profundezas de suas emoções. Pode ser utilizada como arma contra os desvios sociais, despertando novas descobertas e sensações, motivando as faculdades inatas e propiciando uma motivação de crescimento cultural que se incompatibiliza com a delinquência.

Inovar é preciso. O estudo realizado e as experiências apresentadas são de suma importância para qualquer passo que queira se dar nesse sentido, buscando o acompanhamento dos ventos da modernização que estão soprando sobre as frentes das atividades sociais na área de segurança pública e educação. No entanto, outra visão torna-se primordial para a evolução em qualquer área do conhecimento humano. Algo mais impetuoso que, assim como a música, possa fazer brotar uma emoção capaz de despertar o sentido imprescindível à percepção de que muitas vezes faz-se necessário retirar a trave que não deixa enxergar que os caminhos já demarcados levam sempre ao mesmo lugar.

Referências

AMORIM, João Schorne de. **Especialização em polícia comunitária**. Sistema Nacional de Segurança Pública. Livro Didático. Modalidade à distância. Palhoça:Unisul, 2009.

BOURDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural. Trad. Magali de Castro. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). **Pierre Bourdieu: escritos de educação**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

CALIMAN, Geraldo. **Desvio social e delinquência juvenil: teorias e fundamentos de exclusão social**. Brasília: Universa, 2006.

COSTA, Rovílio. **Delinquência juvenil: antecedentes**. Porto Alegre: Chronos, 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FUCCI-AMATO, Rita de Cássia. A família como ambiente de musicalização: a iniciação musical de 8 compositores e intérpretes sob uma ótica sócio-cultural. **Anais do SIMCAM4 – IV Simpósio de Cognição e Artes Musicais - maio 2008**. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dl/simcam4/downloads_anais/SIMCAM4_Rita_Fucci_Amato_2.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2010, às 2200h>. Acesso em: 29 maio 2010.

HOWARD, Walter. **A música e a criança**. 3. ed. São Paulo: Summus, 1984.

LAZZARINI, Álvaro... [et al]”. **Direito administrativo da ordem pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LINDNER, Lorene Butkus. **O feto como ser ouvinte**. Monografia de conclusão do curso de especialização em audiologia clínica do Centro

de Especialização em Fonoaudiologia Clínica. Porto Alegre. 1999.
Disponível em:

<<http://www.cefac.br/library/teses/9a-11156fd396244a7685611978945461.pdf>>.

Acesso em: 19 junho 2010.

MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia comunitária: construindo segurança nas comunidades**. Florianópolis: Insular, 2009.

MARCINEIRO, Nazareno; PACHECO, Giovanni C. **Polícia comunitária: evoluindo para a polícia do século XXI**. Florianópolis: Insular, 2005.

MÁRSICO, Leda Osório. **A criança e a música**. São Paulo: Globo. 1982.

MARTINS, João Mário. **Instituição Policial Militar e Segurança Pública: análise à luz da política jurídica**. 2008. 14 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas), Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

MEIRA, Antonio Gonçalves; SCHIRMER, Pedro. **Música militar e bandas militares: origem e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Estandarte, 2000.

REIGADO, João Paulo; ROCHA, António; RODRIGUES Helena. **Reflexões sobre o aprendizado musical na primeira infância**. Disponível em: <<http://www.educacao-artistica.gov.pt/interven%C3%A7%C3%B5es/Jo%C3%A3o%20Reigado.pdf>>. Acesso em: 10 junho 2010.

TRINDADE, Jorge. **Delinquência juvenil: compêndio transdisciplinar**. Porto Alegre: Do advogado, 2002.

WILLEMS, Edgar. **Iniciação musical das crianças**. São Paulo: Pro Música. 1984.

BULLYING E VIOLÊNCIA NAS ESCOLAS: EM BUSCA DA EDUCAÇÃO PELA PAZ

*Robson Kjellin Nunes¹
Jonathan Cardoso Régis²*

Introdução

A violência nas escolas é um tema preocupante uma vez que afeta de forma direta as vítimas, testemunhas e agressores, refletindo suas ações junto à sociedade. Além de contribuir para prejudicar com a idéia de escola como ambiente de educação, conhecimento, formação do ser, por exercício e aprendizagem da ética, comunicação por diálogo e contrário à violência.

A importância de enfrentar o *bullying*, fenômeno que afeta o desenvolvimento psíquico, familiar, profissional e social tanto do agressor quanto da vítima, o combate através da educação e construção da paz, são temas pertinentes para formação cidadã e desenvolvimento do bem estar social.

1 Graduado em Geografia e pós-graduado em Gestão e Políticas em Segurança Pública e Assistência Familiar – Faculdade Avantis. E-mail: robsonkjellin@gmail.com

2 Doutorando em Ciência Jurídica – Univali. Mestre em Gestão de Políticas Públicas – Univali. Especialista em Administração de Segurança Pública – Unisul/PMSC. Bacharel em Direito – Univali. Profº no Curso de graduação de Direito – Univali. E-mail: vipersc@ig.com.br / joniregis@univali.br.

A escola é um excelente ambiente para formar cidadãos com consciência sobre a importância dos direitos humanos, sua dignidade e repúdio à violência. A educação tem um papel fundamental na prevenção contra a criminalidade e exclusão social, pode-se considerar que uma educação a serviço da ética e respeito aos direitos humanos como uma das engrenagens do sistema de segurança pública para a promoção da paz social.

Educação para os direitos humanos

A educação para Direitos Humanos é um tema de suma importância para a formação de uma sociedade que tenha como base o profundo respeito à dignidade da pessoa humana. A escola tem um papel relevante para a formação do cidadão com plena consciência sobre o respeito aos direitos humanos. É justo que seja no ambiente escolar, ambiente de convívio entre pessoas, que ocorra a discussão e o processo de ensino aprendizagem sobre tal assunto.

Os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) para o ensino fundamental, incluem entre seus objetivos:

[...] adotar atitudes de respeito pelas diferenças entre as pessoas, repudiando as injustiças e discriminações. Compreender o conceito de justiça, baseado na equidade, e empenhar-se em ações solidárias e cooperativas. Reconhecer a presença dos princípios que fundamentam normas e leis no contexto social. Valorizar e empregar o diálogo como forma de esclarecer conflitos e tomar decisões coletivas. (PARÂMETROS CURRICULARES NACIONAIS, 1998, p. 91).

Vem-se observando em alguns ambientes escolares a prática de violência entre alunos, provocadas por atos de covardia, exibicionismo ou ausência de empatia. Isso ocorre na maioria das vezes de forma silenciosa, onde as vítimas são alunos que apresentam alguma “diferença”

do grupo, tais como diferença física, cultural, religiosa, racial, orientação sexual, entre outras.

Muitas vezes essas violências são influenciadas nas relações familiares como ausência de respeito, de diálogo ou abuso de poder. Crise da autoridade familiar que desencadeiam ausência de afeto, permissividade, abandono e ausência de limites. Influência de jogos de videogames (*Bullies*), de jogos virtuais (*Bimbo City*). Comunidades virtuais que fazem apologia ao crime, às drogas, ao suicídio, ao aborto, à xenofobia, à homofobia. Influência da mídia como determinados programas humorísticos, filmes.

Percebe-se que dentro do tema ética proposto pelo PCN encontra-se inserido orientações sobre os direitos humanos.

Insistir em reivindicar integralmente os direitos do ser humano é uma empreitada política que não se pode ignorar. Situações que se desrespeitam os princípios de convivência democrática e formas de doutrinação, que colocam seres humanos uns contra os outros, necessitam ser tematizadas com o propósito de que os alunos entendam o que leva seres humanos a atitudes tão graves, percebendo assim a importância de repudiá-las. (PARÂMETROS CURRICULARES NACIONAIS, 1998, p. 103).

É de suma importância criar no ambiente escolar processos de ensino/aprendizagem coletivos sobre democracia, justiça, leis e cidadania, como forma de prevenção, estabelecendo-se discussões, trabalhos coletivos, sensibilizações, entre outras formas de ensino, com o objetivo de criar uma conscientização para uma cultura de paz, em que o grupo escolar aprenda a repudiar atitudes que ferem a dignidade da pessoa humana.

Bullying na escola

O *bullying* manifesta-se através de diferentes formas de violência como agressões físicas e verbais e emocionais. Trata-se de palavra de origem inglesa que significa brigão, valentão, violento. Essas atitudes violentas vêm sendo estudadas por diversos profissionais da educação como psicopedagogos, psicólogos e professores.

Bullying é definido por Nancy Day (1996,44-45) como abuso físico ou psicológico contra alguém que não é capaz de se defender. Ela comenta que quatro fatores contribuem para o desenvolvimento de um comportamento de bullying: 1) uma atitude negativa pelos pais ou por quem cuida da criança ou do adolescente; 2) uma atitude tolerante ou permissiva quanto ao comportamento agressivo da criança ou do adolescente; 3) um estilo de paternidade que utiliza o poder de violência para controlar a criança ou adolescente; 4) uma tendência natural da criança ou do adolescente a ser arrogante. Diz ainda que a maioria dos *bullies* são meninos, mas as meninas também o podem ser. As meninas que são *bullies* utilizam, às vezes, métodos indiretos, como fofocas, a manipulação de amigos, mentiras e a exclusão de outras de um grupo. (ABRAMOVAY, 2003, p.23)

Fante define *bullying*:

Assim sendo, por definição universal, *bullying* é um conjunto de atitudes agressivas, intencionais e repetitivas que ocorrem sem motivação evidente, adotado por um ou mais alunos contra outro(s), causando dor, angústia e sofrimento. Insultos, intimidações, apelidos cruéis, gozações que magoam profundamente, acusações injustas, atuação de grupos que hostilizam, ridicularizam e infernizam a vida de outros alunos levando-os à exclusão, além de danos físicos, morais e materiais, são algumas das manifestações do comportamento *bullying*. (FANTE, 2010, p. 28-29)

Pode-se definir o *bullying* como uma série de comportamentos desumanos, cruéis e bárbaros existentes nas relações interpessoais, que é caracterizado por sua natureza repetitiva e por desequilíbrio de poder tais como: por ser de menor estatura ou força física; por estar em minoria; por apresentar pouca habilidade de defesa; por falta de assertividade e pouca flexibilidade psicológica perante o autor ou autores dos ataques. Alguns pesquisadores consideram ser necessário no mínimo três ataques contra a mesma vítima durante o ano para ser classificado como *bullying*.

Muitas vezes, o *bullying* manifesta-se através de “brincadeiras”, em que os autores convertem suas vítimas em objetos de diversão e prazer. A vítima apresenta a incapacidade de se defender e também não consegue motivar outras pessoas a agirem em sua defesa.

O fenômeno *bullying* é uma forma de violência, porém nem toda violência é *bullying* que se caracteriza como assédio que possui a intenção de maltratar o outro e demonstração de poder, o fenômeno além de ocorrer na escola pode também ocorrer em lugares onde ocorrem relações entre pessoas.

Portanto, o *bullying* é um conceito específico e muito bem definido, uma vez que não se deixa confundir com outras formas de violência. Isso se justifica pelo fato de apresentar características próprias, dentre elas, talvez a mais grave, a propriedade de causar traumas ao psiquismo de suas vítimas. Por fim, o *bullying* possui, ainda, a propriedade de ser reconhecido em vários contextos: nas escolas, nas famílias, nos condomínios residenciais, nos clubes, nos locais de trabalho, nos asilos de idosos, nas Forças Armadas, nas prisões, enfim, onde existem relações interpessoais. (FANTE, 2010, p.30).

Apesar da expressão *bullying* ser um termo relativamente novo, esse fenômeno é bastante antigo, uma vez que se trata de uma forma de violência que sempre existiu nas escolas, pode-se dizer que é tão antigo quanto a escola, local em que os “valentões” permanecem oprimindo

suas vítimas por pretextos banais e que por muitas vezes é despercebido por educadores e profissionais da educação.

Em uma classe de alunos é comum ocorrer diversos conflitos, porém caso houver um agressor ou vários deles, suas atitudes agressivas influenciaram nas atividades dos outros alunos, causaram interações violentas, por causa do temperamento irritadiço e a necessidade do agressor de subjugar, ameaçar e dominar os outros pela imposição do uso da força. Além da agressão física e verbal também existe a agressão psicológica, emocional, que ocorre mais entre as meninas, porque nesses casos desqualificam e disseminam rumores desagradáveis à vítima de forma muito mais implícita do que entre os meninos, porém com consequências não menos devastadoras.

Os comportamentos *bullying* podem ocorrer de duas formas: direta e indireta ambas aversivas e prejudiciais ao psiquismo da vítima. A direta inclui agressões físicas (bater, chutar, tomar pertences) e verbais (apelidar de maneira pejorativa e discriminatória, insultar, constranger); a indireta talvez seja a que mais prejuízo provoque, uma vez que pode criar traumas irreversíveis. Esta última acontece através de disseminação de rumores desagradáveis e desqualificantes, visando a discriminação e exclusão da vítima de seu grupo social. (FANTE, 2010, p. 50).

O *bullying* pode ser tipificado em maus tratos físicos, morais, verbais, psicológicos, sociais, sexuais, materiais e virtuais (*cyberbullying*). Afeta a saúde, a aprendizagem e a socialização, viola o direito a integridade física, psicológica e a dignidade humana. Ameaça o direito a educação, ao desenvolvimento, à saúde e à sobrevivência de muitas vítimas.

A existência na sala de algum aluno que possui características de comportamento psicológico como insegurança, passividade, ansiedade, timidez, dificuldade de impor-se e de ser agressivo e frequentemente mostra-se fisicamente indefeso, ou seja, do tipo “*bode expiatório*”, será identificado pelo agressor. Esse aluno, com as características citadas,

representará o elo frágil da cadeia, porque o agressor sabe que ele não vai revidar se for atacado, que ficará com medo, não se defenderá, ninguém vai protegê-lo. Poderá, talvez vir a chorar, e ainda possivelmente não contará para nenhum adulto por temor. O *bode expiatório* torna-se para o agressor o alvo ideal, sua fragilidade e choro produzem um sentimento de superioridade, geralmente o agressor consegue criar alguns seguidores, formando grupos (ganguês).

São características do *bullying*: humilhar, tyrannizar, constranger, apelidar, perseguir, bater, caçoar, assediar, imitar, isolar, excluir, amedrontar, ameaçar e difamar. O que gera desrespeito, intolerância, preconceito, desvalorização, abuso de poder e violação de direitos.

O *bullying* afeta vítima, agressores e espectadores, ou seja, envolve toda a escola e propicia um clima de insegurança e intolerância aos considerados “diferentes”. Identifica-se o *bullying* quando existe a intencionalidade de causar danos, a persistência e continuidade das agressões contra a mesma pessoa, ausência de motivos que justifiquem os ataques, assimetria de poder entre as partes e os prejuízos causados às vítimas.

As conseqüências da conduta *bullying* afetam todos os envolvidos e em todos os níveis, porém especialmente a vítima, que pode continuar a sofrer seus efeitos negativos muito além do período escolar. Pode trazer prejuízos em suas relações de trabalho, em sua futura constituição familiar e criação de filhos, além de acarretar prejuízos para a sua saúde física e mental. (FANTE, 2010, p.79).

O *bullying*, violência velada, estimula a delinquência e proporciona outras formas de violência explícita, e traz como consequência cidadãos com baixa auto-estima, deprimidos, estressados desenvolvendo transtornos mentais, psicopatologias graves e doenças psicossomáticas.

Dependendo da intensidade do sofrimento vivido em consequência do *bullying*, a vítima poderá desenvolver reações intrapsíquicas, com sintomatologias de natureza psicossomática: enurese,

taquicardia, sudorese, insônia, cefaléia, dor epigástrica, bloqueio dos pensamentos e do raciocínio, ansiedade, estresse e depressão, pensamentos de vingança e de suicídio, bem como reações extrapsíquicas, expressas por agressividade, impulsividade, hiperatividade e abuso de substância químicas. (FANTE, 2010, p. 80).

Além de afetar a vítima de forma avassaladora em sua saúde física, saúde mental, família, trabalho e convívio social, o fenômeno *bullying* também afeta o agressor, porque experimenta a consolidação de sua conduta autoritária, que afetará de maneira prejudicial seus futuros familiares, resultando o distanciamento e a falta de adaptação aos objetos escolares, a supervalorização da violência como forma de obtenção de poder, condutas delituosas que podem conduzi-lo à prática de crimes, propiciando uma pessoa de difícil convivência pessoal, profissional e social.

Existe uma forte relação entre *bullying* e criminalidade:

Segundo estudos realizados pelo professor Olweus, é grande a relação entre o *bullying* e a criminalidade. Acompanhando o desenvolvimento de um grupo de alunos, com idades compreendidas entre 12 e 16 anos, que foram identificados como agressores no fenômeno *bullying*, o pesquisador constatou que a 60% deles havia sido imputada uma condenação legal antes que completassem 24 anos de idade. Os demais alunos, na sua grande maioria, mesmo não se envolvendo diretamente em tal comportamento, acabavam sofrendo suas consequências, uma vez que o direito que tinham a uma escola segura, solidária e saudável foi se esvaindo à medida que o *bullying* foi deteriorando as suas relações interpessoais, acarretando prejuízos ao seu desenvolvimento socioeducacional. (FANTE, 2010, p.81).

É perceptível constatar que os agressores envolvidos no fenômeno estarão propensos a desenvolverem comportamentos delinquentes, tais como: formação e agregação a grupos de infratores penais, agressões, uso de drogas lícitas e ilícitas, porte ilegal de armas, furtos, a crença de que pode levar vantagem em tudo, acredita que é impondo a violência que se conseguirá obter o que se quer. Compreendem dessa forma porque afinal foi assim nos anos escolares, utilizando da violência para obterem o que se querem na vida.

O ensino sobre a dignidade é uma das possibilidades escolares de combate ao *bullying*. Por tratar-se de um tema transversal os professores podem trabalhar em diferentes disciplinas como história, língua portuguesa, geografia, sociologia, filosofia, línguas estrangeiras, entre outras.

Dignidade da pessoa humana: Implica em respeito aos direitos humanos, repúdio à discriminação de qualquer tipo, acesso a condições de vida digna, respeito mútuo nas relações interpessoais, públicas e privadas. (PARÂMETROS CURRICULARES NACIONAIS, 1998, p. 21)

Com a devida atenção sobre o problema, existem projetos educacionais que estão tratando do assunto, um bom exemplo é o PROERD (Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência) no Estado de Santa Catarina. O PROERD no território catarinense é desenvolvido pela Polícia Militar em conjunto com os estabelecimentos de ensino, educadores, estudantes e pais, objetivando prevenir e conscientizar quanto aos malefícios do uso de drogas e a prática da violência. Além de ser mais um fator de proteção para a valorização da vida, também contribui para o fortalecimento da cultura da paz, que por meio da pedagogia da paz proporciona o respeito mútuo, solidariedade, tolerância, amizade, empatia, cooperação e gentileza.

É importante o conhecimento sobre o *bullying* através da literatura, capacitação profissional, discussão do tema junto a comunidade escolar, de acordo com o regimento interno e do Estatuto da Criança e do Adolescente, proporcionando assim, a busca de soluções conjuntas.

O *bullying* pode ter intervenção na identificação de casos e, consequentemente suas causas e respectivos encaminhamentos: pedagógico, familiar, profissionais da Psicologia e Pediatria, Assistência Social, Conselho Tutelar, Polícia Militar, Ministério Público, disque 100. Também com a formação ou a implementação da Rede de Proteção ou Rede de Apoio à Criança e Adolescente.

Para que a escola previna-se do fenômeno *bullying*, um dos caminhos seria o desenvolvimento de programas que proponham, segundo FANTE (Programa Educar para Paz), os seguintes objetivos:

- que os alunos sejam conscientizados do fenômeno e suas conseqüências, a partir da análise das próprias experiências vivenciadas no cotidiano, a fim de que percebam quais os pensamentos e as emoções despertadas por ele, bem como os motivos norteadores desse tipo de conduta;
- que os alunos, por meio da interiorização de valores humanos desenvolvam a capacidade de empatia, a fim de que percebam as implicações e os sofrimentos gerados por esse tipo de comportamento e desenvolvam habilidades para sua erradicação;
- que os alunos se comprometam com o bem-comum e se tornem agentes de transformação da violência na construção de uma realidade de paz nas escolas. (FANTE, 2010, p.95)

Para o desenvolvimento de programas educacionais desse porte é necessário o conhecimento da realidade escolar: que passa pela conscientização e compromisso; investigação da realidade escolar. Modificação da realidade escolar: adoção de estratégias de intervenção e prevenção; novo diagnóstico da escola.

Prevenção a violência

A violência é um ato destrutivo, “podemos definir violência como sendo o uso de palavras ou ações que machucam as pessoas. É violência também o uso abusivo ou injusto do poder, assim como o uso da força que resulta em ferimentos, sofrimento, tortura ou morte” (MALDONADO, 2004, p.10). Pode-se também dizer que a violência são ações intencionais de destruição, com o objetivo de causar sofrimento e de dominar.

A prevenção como um dos caminhos básicos para o enfrentamento à violência passa pelo âmbito pessoal e social:

No desenvolvimento pessoal, o caminho básico para a prevenção da violência é desenvolver a empatia e o autocontrole da impulsividade. No âmbito social, as leis que protegem as relações familiares do trabalho, assim como a parceria entre governos, ONGs e a sociedade civil, abrem caminhos importantes para construir projetos sociais bem-sucedidos. (MALDONADO, 2004, p.61).

O trabalho preventivo tem como desígnio diminuir a frequência e a intensidade das problemáticas da violência na sociedade. Uma das possibilidades é a prevenção primária que objetiva impedir o surgimento dos focos que dão origem ao problema.

A agressividade é importante e inerente ao ser humano, mas é diferente da violência, ação destrutiva, entretanto caso a agressividade não seja bem trabalhada no desenvolvimento pessoal pode canalizar para situações de violência.

O impulso agressivo é tão inerente à natureza humana quanto o impulso amoroso; portanto, o que importa é saber canalizar a agressividade para fins construtivos, ou seja, para a capacidade de indignar com as injustiças, agir com firmeza, ter tenacidade e persistência para superar obstáculos

e procurar concretizar metas, enfrentar a competitividade do mercado de trabalho, ou “arena” do pátio de recreio da escola. Quando pais e educadores reconhecem que é nos detalhes do dia-a-dia que se aprende a colocar em prática os valores fundamentais do relacionamento, descobrem um campo fértil da prevenção primário da violência: a ampliação dos recursos de comunicação, com o objetivo de que diferenças e divergências entre pessoas sejam resolvidas por meios não-violentos, em vez de tapas e gritos. (MALDONADO, 2004, p.67).

A educação escolar tem papel fundamental na prevenção à violência e por consequência reflexo na segurança pública. A prevenção primária ocorrida na escola através do desenvolvimento de práticas pedagógicas que objetivem trabalhar questões éticas, justiça, equidade, direitos humanos, condições de vida digna, respeito mútuo nas relações interpessoais tem muito a contribuir para a formação cidadã e a promoção da paz social.

Prevenção à violência através de processos de ensino-aprendizagem com práticas da pedagogia da paz que estimulem de forma conjunta atitudes de respeito, solidariedade, cooperação, empatia, gentileza e tolerância. Com a aplicação de conteúdos e estratégias pedagógicas pertinentes que vislumbrem aprendizado coletivo com diálogos, trabalho em equipe, resolução de conflitos, reflexão sobre temas éticos, respeito às diferenças, direitos humanos. Também se alcança esse objetivo com discussões pedagógicas para que o educando identifique atitudes violentas e com isso possa repudiar e tomar uma postura assertiva de prevenção à violência.

Para que o jovem aprenda a repudiar atitudes violentas é preciso que saiba identificá-las. O papel da escola é o de desvelar essa situação por meio de discussões que explicitem os diferentes tipos de violência (física, moral, simbólica) que jovens, adultos e crianças podem sofrer, auxiliando o aluno a reconhecer atitudes violentas, prevenir-se contra elas,

conhecer instituições que auxiliem vítimas de violência e a possibilidade de denunciar essas atitudes. (PARAMETROS CURRICULARES NACIONAIS, 1998, p. 26).

A escola tem o papel de promover o diálogo que mencionem diferentes tipos de violência (física, moral, simbólica) ajudando o aluno a reconhecer atos de violência, a prevenir-se de atos delituosos e conhecer organizações governamentais e não governamentais que possam denunciar e auxiliar vítimas.

O desenvolvimento de temas na escola sobre dignidade da pessoa humana, ética, princípios de convivência democrática, justiça baseada na equidade, respeito ao próximo, colocar-se no lugar do outro, senso de pertencimento à comunidade em que se vive são um dos meios para a prática preventiva.

Um dos caminhos seria o desenvolvimento de atividades pedagógicas que possibilitassem aos alunos a aprenderem estratégias de comportamento pessoal para o enfrentamento da violência, e construção da paz. Maldonado (2004, p. 67-70) sugere algumas estratégias de aprendizagem, vejamos:

- Aprender a ouvir com atenção, consideração e sensibilidade, o que permite uma comunicação mais eficiente. “É o desenvolvimento da arte de ouvir o que os outros dizem que dá maior flexibilidade para olhar os vários ângulos de um problema e melhores condições para criar soluções eficazes”
- Aprender a reclamar do que não gosta sem ofender, humilhar ou atacar a pessoa “alternativa não violenta apresenta o seguinte esquema: relatar o comportamento que aborrece a própria pessoa; descrever os sentimentos despertados, de modo não ofensivo; dizer o que espera que o outro faça ou combinar com ele um modo de resolver o problema.”
- Aprender a atacar o problema e não a pessoa, o objetivo é encontrar uma solução, ao invés de

se preocupar em ganhar ou perder a discussão. “Resolver o problema sem atacar as pessoas envolve a disposição de ouvir o que os outros têm a dizer, tentar entender seus argumentos e pontos de vista, expressar os próprios pensamentos com clareza e tentar negociar uma solução razoável para ambas as partes.”

- Aprender a neutralizar a raiva, o ensino de técnicas para evitar gestos violentos em momentos de conflitos como afastar-se, respirar fundo, pensar nas conseqüências dos atos, ou seja, tomar qualquer outra providência para “esfriar a cabeça”.
- Aprender a falar o que lhe agrada com relação ao que os outros fazem ou dizem, ou seja, um olhar de apreciação pelo que os outros fazem. Quando os outros percebem que a pessoa reconhece o que eles fazem algo agradável, passam a tratá-la com gentileza e benevolência.
- Aprender a descarregar as tensões inevitáveis de modo saudável, a prática de atividades esportivas é uma ferramenta interessante. “Vale mencionar que a motivação inicial da maioria das pessoas envolvidas com o abuso do álcool e outras drogas ilícitas foi a tentativa de relaxar as tensões do dia ou fugir dos problemas”. Em conseqüência do abuso de substância psicoativas, os problemas se agravam e os episódios de violência se intensificam. “Daí ser fundamental, no trabalho de prevenção primária, sugerir modos saudáveis de descarregar tensões e cultivar a alegria nos pequenos momentos do dia-a-dia.”
- Aprender a usar métodos não-violentos para colocar limites e favorecer a disciplina, a construção de pactos de convivência entre alunos, professores e outros membros da equipe escolar é um recurso que está sendo usado de forma crescente em escolas de vários países.

Maldonado (2004) leciona ainda que as normativas relacionadas ao “bom convívio” são decorrentes de um conjunto que tem por finalidade solucionar os problemas apresentados, tendo como principal recurso a preparação para o mundo do trabalho, o que proporciona a prática da resolução de conflitos calcada no trabalho em equipe.

Também é interessante que os educandos tenham noção que seus atos violentos têm consequência e passíveis de punição, caso haja algum ato infracional, uma das formas desse entendimento seria o diálogo e socialização em sala de aula sobre as medidas socioeducativas, proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Diz o artigo 112, do Capítulo IV:

Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento institucional.

Muito se ouve dizer sobre ECA, porém verifica-se uma falta de seu entendimento profundo, que além de possuírem direitos à criança e o adolescente, também são sujeitos de deveres e obrigações que poderão ser estudados e compreendidos no ambiente escolar para uma formação cidadã sólida.

Considerações finais

A escola é o lugar de prática da aprendizagem do conhecimento, do exercício da ética. Chama a atenção nos últimos anos, atos delituosos, que muitas vezes ficam escondidos e não são divulgados, o que gera um sentimento de insegurança daqueles que a frequentam.

A comunidade escolar necessita buscar e juntar esforços para ser representada como lugar seguro, de integração social e de socialização.

O *bullying* e qualquer ato delituoso dever ser combatido através de práticas pedagógicas pertinentes.

O tema transversal ética, que permeia todas as disciplinas escolares, também precisa ser trabalhado no convívio entre alunos, com o objetivo da compreensão profunda dos direitos a dignidade da pessoa humana.

A educação para a cidadania tem profundo relacionamento com a segurança pública, ou seja, a educação como forma preventiva é uma das bases para uma sociedade justa, dignidade da pessoa humana preservada e promoção da paz social.

Referências

ABROMOVAY, Mirian. **Violência nas escolas : versão resumida/** Miriam ABROMOVAY.et alii – Brasil: Unesco Brasil, Rede Pitágoras, Instituto Ayrton Senna, Unaid, Banco Mundial, USAID, Fundação Ford, CONSED, Undime, 2003. 88p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Col. Saraiva de Legislação – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Lei n º 8.069, de 13 de JULHO de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.**

Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=10249>. Acesso em: 18 jul. 2010.

_____. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros Curriculares Nacionais: terceiro e quarto ciclos: apresentação dos temas transversais.** / Secretaria de Educação Fundamental – Brasília: MEC/SEF, 1998. 436p.

FANTE, Cléo. **Brincadeiras Perversas.** Disponível em: <http://www.bullying.pro.br/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=58> Acesso em: 18 jul. 2010.

_____. **Fenômeno Bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz.** 2ª ed. rev. e ampl. Campinas, SP: Verus Editora, 2005.

MALDONADO, Maria Tereza. **Os construtores da paz:** caminhos da prevenção. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004.

SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO. **Bullying isso não é brincadeira!** Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalhe.asp?campo=10230>. Acesso em: 18 jul. 2010.

SANTA CATARINA. **Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência - PROERD: Manual do Instrutor: 5º Ano.** 5ª ed. Florianópolis: Centro de Capacitação DARE/Proerd da PMSC. 2009.

OMC E O DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: ANÁLISE DE CASOS

*Ligia Maura Costa*¹

Introdução

Se é verdade que o direito nasce quase sempre em resposta a fenômenos econômicos e sociais, também é verdade, que ele tenta regulamentar esses fenômenos, criando para tanto instituições novas. A Organização Mundial do Comércio (OMC), resultado das negociações

¹ Ligia Maura Costa é professora titular na Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP). Desde 2007, é professora na *Sciences Po*, Paris e na *Universität St Gallen*, Suíça. É Livre-Docente em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e Doutora em direito internacional pela Université de Paris-X onde também obteve um mestrado em direito do comércio internacional. Fez pós-doutorado em negociações internacionais na *Sciences Po*, Paris. Foi pesquisadora visitante na *University of Michigan Law School*, Ann Arbor. Ela é Bacharel em direito pelo largo do São Francisco (FDUSP). É autora de mais de uma dezena de livros e uma centena de artigos e capítulos de livros publicados não apenas no Brasil mas também no exterior. Ela trabalhou na Organização Mundial do Comércio (OMC) no *Legal Affairs Division*. Ligia Maura Costa foi professora visitante na *HEC*, Paris, na *Tsinghua University School of Economics and Management* – SEM, Beijing e na *St. Petersburg State University* – GSOM (*Graduate School of Management*), além de outras renomadas instituições de ensino no exterior. Proferiu palestras e conferências em vários países, como nos Estados Unidos, no México, na Índia, na Suíça, no Peru, na Coreia do Sul, entre outros.

comerciais multilaterais da Rodada Uruguai, tem por valor fundamental a liberalização do comércio de bens, serviços e dos aspectos relacionados à propriedade intelectual. Liberalização comercial: muitos a veneram. Outros a amaldiçoam. Mas, tanto uns como os outros são unânimes em reconhecer que a liberalização comercial e o desenvolvimento sustentável são como irmãos siameses. Não se pode, hoje, avançar de um lado, sem concomitantemente proteger o outro lado. O desenvolvimento sustentável não faz parte dos Acordos da OMC. Entretanto, os Acordos da OMC trazem um total de cento e cinquenta e cinco disposições dirigidas aos países em desenvolvimento e aos seus problemas crônicos de desenvolvimento. Nos dias de hoje, é forçoso admitir que a noção de desenvolvimento sustentável está atrelada à liberalização comercial. É verdade, contudo, que, durante muito tempo, a conexão entre assuntos tão distintos sequer foi mencionada.

Numa perspectiva história, lembramos que somente em 1964, André Philip ressaltou, em seu discurso na Conferência da ONU sobre o Comércio e Desenvolvimento (CNUCD), a importância do direito ao desenvolvimento². Mais tarde, na obra clássica, *Rumo ao Direito Internacional do Desenvolvimento*, podemos ler que “o hiato ora existente entre os países em vias de desenvolvimento e os desenvolvidos, [está] destinado a crescer progressivamente, até que se promova uma transformação completa das políticas econômicas internacionais”.³ Não tarda a aparecer, a busca por mecanismos jurídicos mais adequados para regulamentar as relações entre países ricos e países pobres⁴. É o que se vê com o *Nosso Futuro Comum*⁵, ao propor uma concepção

2 PHILIP, A. La Conférence de Genève, amorce d'un mouvement Mondial irréversible. In: *Développement et civilisations, Institut de Recherche et de Formation en Vie du Développement Harmonisé (IRFED); Centre National de la Recherche Scientifique*, Paris, n. 19, p. 23-35, Septembre 1964.

3 VIRALLY, M. Vers un Droit International du Développement. In: *Annuaire Français de Droit International*, vol. XI, Paris, CNRS, p. 3-12, 1965.

4 FLORY, M. *Droit International du Développement*. Paris: PUF, 1977, p. 29; FEUER, G.; CASSAN, H. *Droit International du Développement*. Paris: Dalloz, 1985, p. 1.

5 Report Of The World Commission On Environment And Development: Our Common Future (Relatório Brundtland 1987). Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

progressista de desenvolvimento sustentável, para responder às necessidades atuais e presentes da humanidade; sem comprometer, contudo, as necessidades das gerações futuras.

Doutrina recente proclama a emergência de um novo ramo do direito internacional, o direito internacional do desenvolvimento sustentável⁶. O direito internacional do desenvolvimento sustentável busca, no plano internacional, a integração e a adaptação de regras jurídicas para alcançar a justiça social, o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental. Em suma: a melhoria da qualidade de vida da humanidade, para a geração presente e para as futuras gerações. É fato que o conceito de desenvolvimento sustentável é tratado por número cada vez maior de tratados e convenções internacionais (*soft e hard law*). Sem termos a intenção de trazer aqui todos os instrumentos jurídicos existentes, pensamos, particularmente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração de Estocolmo da ONU sobre o Ambiente Humano de 1972, nas Convenções Fundamentais da OIT, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração do Rio da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento

6 CORDONIER SEGGER, M.C.; KHALFAN, A. *Sustainable development law: Principles, practices & prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 46 e ss. SCHRIJVER, N.; WEISS, F. *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 13; LOWE, V. Sustainable Development and Unsustainable Arguments. In: *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*. New York: Oxford University Press, 2001p. 36; FRENCH D. *International Law and Policy of Sustainable Development*. Manchester: Manchester University Press, 2005, p. 20 e ss.; GALLAGHER, K.; WERKSMAN, J. (eds.). *The Earthscan Reader on International Trade and Sustainable Development* (Earthscan Readers Series). London: Earthscan Publications Ltd., 2002, p. 23 e ss.; HANDL, G. Sustainable Development: General Rules Versus Specific Obligations. In: *Sustainable Development and International Law*. International environmental law and policy series. Londres: Graham and Trotman, 1995, p. 35; COSTA, L.M. *Direito internacional do desenvolvimento sustentável e os códigos de conduta de responsabilidade social. Análise do setor do gás e petróleo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 101 e ss.; do mesmo autor. *OMC e direito internacional do desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 239 e ss.

de 1992, na Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002.

No âmbito da OMC, a noção de sustentabilidade se faz presente no Preâmbulo do seu Acordo Constitutivo⁷, que reconhece, expressamente, que os Países Membros objetivam “a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e de serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável”.

Em suma, aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável na OMC são corroborados pelo Acordo Constitutivo da OMC, pela Declaração de Cingapura⁸, pela Declaração de Genebra⁹ e pela Declaração de Doha¹⁰, pelo GATT-94¹¹ e pela Cláusula de Habilitação¹²,

7 Acordo Constitutivo Da Organização Mundial Do Comércio. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/portugues/02estabeleceomc.pdf>; http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm#article1>. Acesso em 8: de maio de 2015.

8 Parágrafo 16 da DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE CINGAPURA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/theWTO_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

9 Parágrafo 4 da DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE GENEBRA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/mindec_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

10 Parágrafo 6 da DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE DOHA. Op. Cit.

11 Acordo Geral Sobre Tarifas E Comércio, 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm>; <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/gatt94port.pdf>>. Acesso em: 8 de maio de 2015. Este artigo entrou em vigor em 27 de junho de 1966. Ele não existia em 1947

12 DECISÃO L/4903 de 28 de novembro de 1979. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/enabling1979_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015: “1. Não obstante as disposições do Artigo 1 do Acordo Geral, as Partes Contratantes podem acordar um tratamento diferenciado e mais favorável aos países em vias de desenvolvimento, sem acordá-lo a outras partes contratantes. 2 [...] (a) Tratamento tarifário preferencial acordado pelas Partes Contratantes desenvolvidas aos produtos originários dos países em desenvolvimento, de acordo com o Sistema Geral de Preferências; (b) Tratamento diferenciado e mais favorável, com respeito às disposições do Acordo Geral relativas a medidas não-tarifárias, reguladas pelas disposições dos instrumentos multilaterais negociados

apenas para citar esses. Se os países membros da OMC reconhecem que se deve buscar, com o objetivo de um desenvolvimento sustentável, a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego, o cumprimento de padrões trabalhistas internacionalmente reconhecidos, o crescimento econômico, a utilização ótima dos recursos mundiais, a questão que se coloca é de saber se a OMC pode trazer os fundamentos jurídicos para confirmar a emergência de um novo ramo do direito internacional, o direito internacional do desenvolvimento sustentável. *A priori*, a resposta tende a ser negativa. Isto porque os Acordos da OMC tratam apenas de modo oblíquo a noção de desenvolvimento sustentável.

Entretanto, desde a entrada em vigor da OMC, seus Países Membros vem trazendo em seus argumentos jurídicos noções relacionadas ao desenvolvimento sustentável, perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Na maior parte dos casos trazidos ao OSC, o principal argumento em prol da noção de desenvolvimento sustentável tem como fundamento as exceções do Artigo XX do Acordo GATT-94, as exceções do Artigo XIV do Acordo GATS e as exceções do Artigo 27 do Acordo TRIPS. Além disso, outros Acordos abrangidos podem ser citados no contencioso da OMC, relativos ao desenvolvimento sustentável, tais como, o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, apenas para mencionar esses. Diante disso, indagamos se o OSC, ao examinar eventuais violações aos Acordos da OMC, pode “impor”, juridicamente, aos países membros o respeito aos conceitos de desenvolvimento sustentável e, dessa forma, dar suporte à emergência de um novo ramo do direito internacional? Para responder a essa indagação, examinaremos, primeiramente, os argumentos relacionados a desenvolvimento sustentável presentes nas disputas que foram

sob os auspícios do GATT; (c) Acordos regionais ou globais entre países Partes Contratantes menos desenvolvidos, para a redução ou a eliminação mútua de tarifas e, de acordo com critérios ou condições, os quais podem estar previstos pelas Partes Contratantes, para a redução ou eliminação de barreiras não-tarifárias, para os produtos importados de uma para a outra; (d) Tratamento especial para os países menos desenvolvidos dentre os países em desenvolvimento, no contexto de qualquer medida, geral ou específica, em favor de países em desenvolvimento [...]”.

trazidas ao OSC pelos países membros. Em seguida, analisaremos o tratamento dado pelo OSC a esses argumentos nas respectivas disputas. Com base nos resultados obtidos, em conclusão, afirmamos que a OMC está, pouco a pouco, construindo um caminho para a emergência de um novo ramo do direito: o direito internacional do desenvolvimento sustentável.

Metodologia

A apreciação da noção de desenvolvimento sustentável na OMC é examinada através do estudo de casos do contencioso do OSC. Os critérios relacionados à noção de desenvolvimento sustentável são semelhantes, o que possibilita a utilização do estudo de casos através do método comparativo¹³. E, para identificar os aspectos ligados ao desenvolvimento sustentável na dinâmica do OSC, foi escolhida a metodologia qualitativa, por julgarmos a mais adequada para corroborar a afirmação aqui proposta.

Para alcançar o objetivo aqui proposto, examinamos quatrocentas e setenta e quatro disputas submetidas ao OSC, de 1º de janeiro de 1995 até 1º de janeiro de 2014. Num segundo momento, selecionamos as disputas que traziam em seus argumentos elementos relacionados a desenvolvimento sustentável. Ao final da análise é possível, então, averiguar a extensão da presença de elementos relacionados ao desenvolvimento sustentável no âmbito do OSC, bem como, corroborar a afirmação de que o contencioso da OMC, ou o “direito” da OMC, pode servir de base para fortalecer a emergência de um novo ramo do direito internacional.

13 COLLIER, D. The comparative method. In: FINIFTER, A. W. (Ed.) *Political science: The state of the discipline*. Washington, DC: American Political Science Association, 1993.

Direito internacional do desenvolvimento sustentável refletido nas disputas trazidas ao OSC

A liberalização do comércio internacional de bens, serviços e propriedade intelectual somente pode funcionar de modo eficaz diante de um mecanismo de resolução de disputas eficiente. O OSC, criado para exercer este papel, tem respondido de modo adequado às expectativas dos Países Membros da OMC e da comunidade internacional como um todo. A jurisdição obrigatória de todos os Países Membros outorgada ao OSC, aliada à possibilidade de sanção foi um avanço considerável na história do direito internacional, como bem lembra a pena ilustre do Professor Luiz Olavo Baptista¹⁴.

Para averiguar a presença da noção de desenvolvimento sustentável no contencioso da OMC, analisamos as quatrocentas e setenta e quatro disputas submetidas ao OSC, de 1º de janeiro de 1995 até 1º de janeiro de 2014. As disputas que foram objeto de exame foram somente aquelas que já tiveram uma decisão de um painel ou do Órgão de Apelação. As disputas que foram trazidas ao OSC mas que permanecem pendentes, ou seja, no estágio de consultas, nomeação dos panelistas ou sem a publicação de um relatório do painel, não foram consideradas, posto que não há como examinar se as partes utilizaram argumentos relacionados ao desenvolvimento sustentável ainda nesse estágio. Do total dos quatrocentos e setenta e quatro casos examinados resultaram duzentos e noventa e quatro casos que já foram objeto de recomendação pelo OSC. Desse total de duzentos e noventa e quatro casos foram encontradas quarenta e seis disputas com argumentos envolvendo noções relacionadas ao desenvolvimento sustentável.

14 BAPTISTA, L.O. O direito é história: Alocução de abertura da conferência do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento, em São Paulo. In: *10 Anos de OMC. Uma Análise do Sistema de Solução de Controvérsias e Perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 17.

Figura 1- Relação de disputas relacionadas com desenvolvimento sustentável

- DS 2: *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*
- DS 18: *Australia — Measures Affecting Importation of Salmon*
- DS 26: *European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products*
- DS 27: *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*
- DS 31: *Canada — Certain Measures Concerning Periodicals*
- DS 44: *Japan — Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*
- DS 46: *Brazil — Export Financing Programme for Aircraft*
- DS 50: *India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*
- DS 58: *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*
- DS 60: *Guatemala — Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*
- DS 70: *Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*
- DS 76: *Japan — Measures Affecting Agricultural Products*
- DS 79: *India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*
- DS 89: *United States — Anti-Dumping Duties on Imports of Colour Television Receivers from Korea*
- DS 90: *India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*
- DS 103: *Canada — Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*
- DS 113: *Canada — Measures Affecting Dairy Exports*
- DS 114: *Canada — Patent Protection of Pharmaceutical Products*
- DS 132: *Mexico — Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*
- DS 135: *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*
- DS 174: *European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*
- DS 176: *United States — Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*
- DS 193: *Chile — Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish*
- DS 236: *United States — Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*

- *DS 245: Japan — Measures Affecting the Importation of Apples*
- *DS 246: European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*
- *DS 247: United States — Provisional Anti-Dumping Measure on Imports of Certain Softwood Lumber from Canada*
- *DS 257: United States — Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada*
- *DS 267: United States — Subsidies on Upland Cotton*
- *DS 290: European Communities — Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*
- *DS 291: European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*
- *DS 292: European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*
- *DS 293: European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*
- *DS 308: Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*
- *DS 315: European Communities — Selected Customs Matters*
- *DS 320: United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*
- *DS 321: Canada — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*
- *DS 332: Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*
- *DS 362: China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*
- *DS 381: United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*
- *DS 386: United States of America — Certain Country of Origin Labelling Requirements*
- *DS 391: Korea, Republic of — Measures Affecting the Importation of Bovine Meat and Meat Products from Canada*
- *DS 398: China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*
- *DS 401: European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*
- *DS 406: United States of America — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*
- *DS 430: India — Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products from the United States*

Desenvolvimento sustentável e os acordos da OMC

Ao examinarmos o contencioso da OMC sobre desenvolvimento sustentável, sob o prisma dos grandes Acordos da OMC, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, 1994 (GATT)¹⁵, o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), resta claro que o Acordo GATT é aquele em que o maior número de disputas relacionadas com a noção de desenvolvimento sustentável são encontradas. Após o GATT, é o Acordo GATS e, por fim, o TRIPS em número de disputas relacionadas a desenvolvimento sustentável. Sendo o GATT o acordo mais abrangente não é de causar surpresa que seja esse o acordo que apresenta o maior número de casos com menções relacionadas ao desenvolvimento sustentável.

Figura 2 - Disputas relativas a desenvolvimento sustentável e os Acordos da OMC

Caso	GATT	GATS	TRIPS
	<i>DS 2: UNITED STATES — STANDARDS FOR REFORMULATED AND CONVENTIONAL GASOLINE</i>	X	
<i>DS 18: AUSTRALIA — MEASURES AFFECTING IMPORTATION OF SALMON</i>	X		
<i>DS 26: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES CONCERNING MEAT AND MEAT PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 27: EUROPEAN COMMUNITIES — REGIME FOR THE IMPORTATION, SALE AND DISTRIBUTION OF BANANAS</i>	X	X	

15 Neste exame são considerados como GATT, os seguintes acordos multilaterais sobre o comércio de bens: o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994; o Acordo sobre Agricultura; o Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias; o Acordo sobre Têxteis e Vestuário; o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio; o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio; o Acordo sobre a Implementação do Art. VI do GATT-94; o Acordo sobre a Implementação do Art. VII do GATT-94; o Acordo sobre Inspeção Pré-Embarque; o Acordo sobre Regras de Origem; o Acordo sobre Procedimentos ao Licenciamento de Importações; o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias; e, o Acordo sobre Salvaguarda.

Caso	GATT	GATS	TRIPS
	<i>DS 31: CANADA — CERTAIN MEASURES CONCERNING PERIODICALS</i>	X	
<i>DS 44: JAPAN — MEASURES AFFECTING CONSUMER PHOTOGRAPHIC FILM AND PAPER</i>	X		
<i>DS 46: BRAZIL — EXPORT FINANCING PROGRAMME FOR AIRCRAFT</i>	X		
<i>DS 50: INDIA — PATENT PROTECTION FOR PHARMACEUTICAL AND AGRICULTURAL CHEMICAL PRODUCTS</i>			X
<i>DS 58: UNITED STATES — IMPORT PROHIBITION OF CERTAIN SHRIMP AND SHRIMP PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 60: GUATEMALA — ANTI-DUMPING INVESTIGATION REGARDING PORTLAND CEMENT FROM MEXICO</i>	X		
<i>DS 70: CANADA — MEASURES AFFECTING THE EXPORT OF CIVILIAN AIRCRAFT</i>	X		
<i>DS 76: JAPAN — MEASURES AFFECTING AGRICULTURAL PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 79: INDIA — PATENT PROTECTION FOR PHARMACEUTICAL AND AGRICULTURAL CHEMICAL PRODUCTS</i>			X
<i>DS 89: UNITED STATES — ANTI-DUMPING DUTIES ON IMPORTS OF COLOUR TELEVISION RECEIVERS FROM KOREA</i>	X		
<i>DS 90: INDIA — QUANTITATIVE RESTRICTIONS ON IMPORTS OF AGRICULTURAL, TEXTILE AND INDUSTRIAL PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 103: CANADA — MEASURES AFFECTING THE IMPORTATION OF MILK AND THE EXPORTATION OF DAIRY PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 113: CANADA — MEASURES AFFECTING DAIRY EXPORTS</i>	X		
<i>DS 114: CANADA — PATENT PROTECTION OF PHARMACEUTICAL PRODUCTS</i>			X
<i>DS 132: MEXICO — ANTI-DUMPING INVESTIGATION OF HIGH-FRUCTOSE CORN SYRUP (HFCS) FROM THE UNITED STATES</i>	X		
<i>DS 135: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES AFFECTING ASBESTOS AND PRODUCTS CONTAINING ASBESTOS</i>	X		
<i>DS 174: EUROPEAN COMMUNITIES — PROTECTION OF TRADEMARKS AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS FOR AGRICULTURAL PRODUCTS AND FOODSTUFFS</i>			X
<i>DS 176: UNITED STATES — SECTION 211 OMNIBUS APPROPRIATIONS ACT OF 1998</i>			X
<i>DS 193: CHILE — MEASURES AFFECTING THE TRANSIT AND IMPORTING OF SWORDFISH</i>	X		

Caso	GATT	GATS	TRIPS
	<i>DS 236: UNITED STATES — PRELIMINARY DETERMINATIONS WITH RESPECT TO CERTAIN SOFTWOOD LUMBER FROM CANADA</i>	X	
<i>DS 245: JAPAN — MEASURES AFFECTING THE IMPORTATION OF APPLES</i>	X		
<i>DS 246: EUROPEAN COMMUNITIES — CONDITIONS FOR THE GRANTING OF TARIFF PREFERENCES TO DEVELOPING COUNTRIES</i>	X		
<i>DS 247: UNITED STATES — PROVISIONAL ANTI-DUMPING MEASURE ON IMPORTS OF CERTAIN SOFTWOOD LUMBER FROM CANADA</i>	X		
<i>DS 257: UNITED STATES — FINAL COUNTERVAILING DUTY DETERMINATION WITH RESPECT TO CERTAIN SOFTWOOD LUMBER FROM CANADA</i>	X		
<i>DS 267: UNITED STATES — SUBSIDIES ON UPLAND COTTON</i>	X		
<i>DS 290: EUROPEAN COMMUNITIES — PROTECTION OF TRADEMARKS AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS FOR AGRICULTURAL PRODUCTS AND FOODSTUFFS</i>	X		X
<i>DS 291: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 292: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 293: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES AFFECTING THE APPROVAL AND MARKETING OF BIOTECH PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 308: MEXICO — TAX MEASURES ON SOFT DRINKS AND OTHER BEVERAGES</i>	X		
<i>DS 315: EUROPEAN COMMUNITIES — SELECTED CUSTOMS MATTERS</i>	X		
<i>DS 320: UNITED STATES — CONTINUED SUSPENSION OF OBLIGATIONS IN THE EC — HORMONES DISPUTE</i>	X		
<i>DS 321: CANADA — CONTINUED SUSPENSION OF OBLIGATIONS IN THE EC — HORMONES DISPUTE</i>	X		
<i>DS 332: BRAZIL — MEASURES AFFECTING IMPORTS OF RETREADED TYRES</i>	X		
<i>DS 362: CHINA — MEASURES AFFECTING THE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS</i>			X
<i>DS 381: UNITED STATES — MEASURES CONCERNING THE IMPORTATION, MARKETING AND SALE OF TUNA AND TUNA PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 386: UNITED STATES OF AMERICA — CERTAIN COUNTRY OF ORIGIN LABELLING REQUIREMENTS</i>	X		X

Caso	GATT	GATS	TRIPS
	<i>DS 391: KOREA, REPUBLIC OF — MEASURES AFFECTING THE IMPORTATION OF BOVINE MEAT AND MEAT PRODUCTS FROM CANADA</i>	X	
<i>DS 398: CHINA — MEASURES RELATED TO THE EXPORTATION OF VARIOUS RAW MATERIALS</i>	X		
<i>DS 401: EUROPEAN COMMUNITIES — MEASURES PROHIBITING THE IMPORTATION AND MARKETING OF SEAL PRODUCTS</i>	X		
<i>DS 406: UNITED STATES OF AMERICA — MEASURES AFFECTING THE PRODUCTION AND SALE OF CLOVE CIGARETTES</i>	X		
<i>DS 430: INDIA — MEASURES CONCERNING THE IMPORTATION OF CERTAIN AGRICULTURAL PRODUCTS FROM THE UNITED STATES</i>	X		

*Contencioso sobre desenvolvimento sustentável
e os Países Membros da OMC*

A OMC é uma organização internacional com vocação universal e, portanto, composta por Países Desenvolvidos (PD), Países Em Desenvolvimento (PED) e Países de Menor Desenvolvimento Relativo (PMDR). Para averiguar o nível de desenvolvimento dos Países Membros da OMC envolvidos nas disputas relacionadas com desenvolvimento sustentável, as quarenta e seis disputas identificadas foram, então, classificadas de acordo com o nível de desenvolvimento dos Países Membros envolvidos nas disputas. Os Países Membros foram divididos em países Reclamantes e países Reclamados. Nessa análise não foram levados em consideração os terceiros interessados nas disputas selecionadas. Além disso, as disputas foram divididas em períodos, para facilitar a visualização.

Do total de vinte e duas disputas propostas entre 1995 e 1999, são em número de dezessete os reclamantes PD presentes nas disputas e em número de treze os reclamantes PED. Como reclamados, os PD estão presentes em dezesseis disputas e os PED compreendem o número de seis. Os Países Membros PMDR não estão presentes como reclamantes nem como reclamados, no período em exame, apenas como terceiros interessados.

Figura 3 - Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: 1995 - 1999

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamante	Reclamado
DS 2	<i>US – Gasoline</i>	1995 – 1996	Venezuela, Brasil	Estados Unidos
DS18	<i>Australia — Salmon</i>	1995 – 2000	Canadá	Austrália
DS26	<i>EC — Hormones</i>	1996 – 1999	Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS27	<i>EC — Bananas III</i>	1996 – 2008	Equador, Guatemala, Honduras, México, Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS31	<i>Canada — Periodicals</i>	1996 – 1997	Estados Unidos	Canadá
DS44	<i>Japan — Film</i>	1996 – 1998	Estados Unidos	Japão
DS46	<i>Brazil — Aircraft</i>	1996 – 2000	Canadá	Brasil
DS50	<i>India — Patents (US)</i>	1996 – 1997	Estados Unidos	Índia
DS58	<i>US — Shrimp</i>	1996 – 2001	Índia, Malásia, Paquistão, Tailândia	Estados Unidos
DS60	<i>Guatemala — Cement I</i>	1996 – 1998	México	Guatemala
DS70	<i>Canada — Aircraft</i>	1997 – 2000	Brasil	Canadá
DS76	<i>Japan — Agricultural Products II</i>	1997 – 1999	Estados Unidos	Japão
DS79	<i>India — Patents (EC)</i>	1997 – 1998	Comunidades Europeias	Índia
DS89	<i>United States— Anti-Dumping Duties on Imports of Colour Television Receivers from Korea</i>	1997 –	Coréia	Estados Unidos
DS90	<i>India — Quantitative Restrictions</i>	1997 – 1999	Estados Unidos	Índia
DS103	<i>Canada — Dairy</i>	1997 – 2003	Estados Unidos	Canadá
DS113	<i>Canada — Dairy</i>	1997 – 2003	Nova Zelândia	Canadá

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamante	Reclamado
DS114	<i>Canada — Pharmaceutical Patents</i>	1997- 2000	Comunidades Europeias	Canadá
DS132	<i>Mexico — Corn Syrup</i>	1998 – 2001	Estados Unidos	México
DS135	<i>EC — Asbestos</i>	1998 – 2001	Canadá	Comunidades Europeias
DS174	<i>EC — Trademarks and Geographical Indications</i>	1999 – 2005	Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS176	<i>US — Section 211 Appropriations Act</i>	1999 – 2002	Comunidades Europeias	Estados Unidos

Do total de quinze disputas propostas entre 2000 e 2004, são doze os PD e em número de três os PED reclamantes. Como reclamados, os PD representam o número de treze e os PED compreendem apenas dois. Os PMDR não estão presentes como reclamantes nem como reclamados, no período em exame, apenas como terceiros interessados.

Figura 4 - Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: 2000 - 2004

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS193	<i>Chile — Swordfish</i>	2000 – 2007	Comunidades Europeias	Chile
DS236	<i>US — Softwood Lumber III</i>	2001 – 2006	Canadá	Estados Unidos
DS245	<i>Japan — Apples</i>	2002 – 2005	Estados Unidos	Japão
DS246	<i>EC — Tariff Preferences</i>	2002 – 2004	Índia	Comunidades Europeias
DS247	<i>US — Provisional Anti-Dumping Measure on Imports of Certain Softwood Lumber from Canada</i>	2002 – 2006	Canadá	Estados Unidos
DS257	<i>US — Softwood Lumber IV</i>	2002 – 2006	Canadá	Estados Unidos

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS267	<i>US — Upland Cotton</i>	2002 – 2008	Brasil	Estados Unidos
DS290	<i>EC — Trademarks and Geographical Indications</i>	2003 – 2005	Austrália	Comunidades Europeias
DS291	<i>EC — Approval and Marketing of Biotech Products</i>	2003 – 2006	Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS292	<i>EC — Approval and Marketing of Biotech Products</i>	2003 – 2006	Canadá	Comunidades Europeias
DS293	<i>EC — Approval and Marketing of Biotech Products</i>	2003 – 2006	Argentina	Comunidades Europeias
DS308	<i>Mexico — Taxes on Soft Drinks</i>	2004 – 2006	Estados Unidos	México
DS315	<i>EC — Selected Customs Matters</i>	2004 – 2006	Estados Unidos	Comunidades Europeias
DS320	<i>US — Continued Suspension</i>	2004 – 2008	Comunidades Europeias	Estados Unidos
DS321	<i>Canada — Continued Suspension</i>	2004 – 2008	Comunidades Europeias	Canadá

Do total de oito disputas propostas entre 2005 e 2010, como reclamantes, os PD estão presentes em cinco disputas, e os PED estão presentes em três disputas. *Mutatis mutandis*, como reclamados, os PD estão em quatro disputas e os PED em quatro disputas. Os Países Membro PMDR estão presentes como terceiros interessados, apenas.

Figura 5 - Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: 2005 - 2010

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS332	<i>Brazil — Retreaded Tyres</i>	2005 – 2008	Comunidades Europeias	Brasil
DS362	<i>China — Intellectual Property Rights</i>	2007 – 2009	Estados Unidos	China
DS381	<i>US — Tuna II</i>	2008 – 2012	México	Estados Unidos

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS 386	<i>US — Cool</i>	2008 – 2012	México	Estados Unidos
DS 391	<i>Korea — Bovine Meat (Canada)</i>	2009 – 2012	Canadá	Coréia
DS 398	<i>China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials</i>	2009 – 2012	China	México
DS 401	<i>European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products</i>	2009 – 2014	Noruega	Comunidades Europeias
DS 406	<i>US — Clove Cigarettes</i>	2010 – 2012	Indonésia	Estados Unidos

Apenas uma disputa relacionada com desenvolvimento sustentável está presente no período de 2011 a 2014. Isto porque a maior parte das disputas levadas ao OSC ainda estão pendentes de recomendação. Na sua maioria, estão em procedimento de consulta ou na fase de instalação do painel, mais ainda sem uma decisão do painel. Como Reclamante, um país PD e como Reclamada um país PED. Os Países Membros PMDR não estão presentes como reclamantes nem como reclamados, no período em exame, nem mesmo como terceiros interessados.

Figura 6 - Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: 2011 - 2014

Caso	Nome Abreviado	Ano	Reclamantes	Reclamados
DS 430	<i>India — Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products from the United States</i>	2012 – 2014	Estados Unidos	Índia

Do exame dos resultados acima, em relação ao período de 1º de janeiro de 1995 até 1º de janeiro de 2014, se verifica, claramente, a dificuldade de participação no mecanismo da OMC pelos PMDR, em relação a temas relacionados com desenvolvimento sustentável. Resta claro que esses países não participaram do mecanismo como reclamantes nem como reclamados, mas apenas como terceiros interessados. A razão dessa ausência pode e, provavelmente está, relacionada ao nível de desenvolvimento desses países que não permite a eles acesso pleno ao mecanismo do OSC, por razões de limitações econômicas e de desenvolvimento mesmo.

*Contencioso sobre desenvolvimento sustentável
e os Países Membros BRIC*

Os Países BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) têm disputas no contencioso da OMC sobre aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável. Como Brasil e Índia são membros originários na OMC, sua participação é maior e, praticamente equivalente (o Brasil presente em cinco disputas e a Índia em seis disputas). A China passou a integrar a OMC em 2001, o que resulta num participação inferior comparada com a participação do Brasil e da Índia. Quanto à Rússia, dada a sua recente ascensão, ela não está presente em nenhuma disputa das quarenta e seis que foram selecionadas.

Figura 7 - Contencioso OMC e Desenvolvimento Sustentável: Países BRIC

País	Nome Abreviado	Reclamantes	Reclamados
Brasil	<i>US – Gasoline</i>	X	
	<i>Brazil – Aircraft</i>		X
	<i>Canada – Aircraft</i>	X	
	<i>US – Upland Cotton</i>	X	
	<i>Brazil – Retreaded Tyres</i>		X

País	Nome Abreviado	Reclamantes	Reclamados
Índia	<i>India — Patents (US)</i>		X
	<i>US — Shrimp</i>	X	
	<i>India — Patents (EC)</i>		X
	<i>India — Quantitative Restrictions</i>		X
	<i>EC — Tariff Preferences</i>	X	
	<i>India — Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products from the United States</i>		X
China	<i>China — Intellectual Property Rights</i>		X
	<i>China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials</i>	X	

Conclusão

A noção de desenvolvimento sustentável é reconhecida por inúmeros instrumentos internacionais obrigatórios, mas, também, pelos de *soft law*. Essa noção abrange os mais diversos aspectos da vida humana. Ela está presente em inúmeros tratados e convenções internacionais, inclusive no âmbito da OMC, com um total de cento e cinquenta e cinco disposições específicas, constantes de seus Acordos, dirigidas aos problemas crônicos de desenvolvimento da maior parte de seus Países Membros. É fato que a noção de desenvolvimento sustentável é tratada pela OMC apenas obliquamente. Ela não é objeto de seus Acordos. Levando em consideração esta limitação, mas com o intuito de averiguar a relação entre a OMC e a emergência de um novo ramo do direito internacional, o direito internacional do desenvolvimento sustentável, examinamos o contencioso da OMC, para averiguar se aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável eram mencionados pelos Países Membros nas duas disputas.

No futuro, dada a necessidade de melhoria das condições de vida para a geração presente como para as gerações futuras, o

desenvolvimento sustentável poderá passar a fazer parte integrante dos Acordos da OMC. Comércio internacional e desenvolvimento sustentável são como irmãos siameses. A conciliação das regras do sistema multilateral de comércio com a proteção da noção de direito internacional do desenvolvimento sustentável, é necessária no mundo de hoje. Por fim, este trabalho de pesquisa é útil, como forma de apoio à emergência de um novo ramo do direito internacional, através da presença de elementos do direito internacional do desenvolvimento sustentável no contencioso de uma organização internacional com o peso da OMC. É fato, porém, que as menções ao desenvolvimento sustentável encontradas no presente trabalho tenham sido feitas pelos Países Membros da OMC, na grande maioria dos casos, como um obstáculo “legítimo” ao comércio mundial e não como forma de proteção a nível global do conceito de desenvolvimento sustentável visando a melhoria da qualidade de vida para as gerações presente e futuras. Essa é uma limitação encontrada nos resultados aqui trazidos.

O exame do contencioso da OMC sobre os aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável merece ainda outras análises. Outros aspectos podem ser levados em conta, com base na pesquisa já realizada. Como por exemplo, (1) averiguar a participação dos países Latino-Americanos relacionados ao desenvolvimento sustentável no contencioso da OMC, ou (2) verificar, dentro de alguns anos, a participação dos países BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) no contencioso da OMC, posto que hoje o contencioso da Rússia é praticamente inexistente, em razão de sua recente ascensão à OMC.

Referências

ACORDO CONSTITUTIVO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/portugues/02estabeleceomc.pdf>>; <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm#articleI>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO, 1994. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm>;

<<http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/gatt94port.pdf>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). **OMC e o Comércio Internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O Direito é História: Alocução de Abertura da Conferência do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento, em São Paulo. In: **10 Anos de OMC. Uma Análise do Sistema de Solução de Controvérsias e Perspectivas**. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 13-22.

CESAR, Susan Elizabeth Martins; SATO, Eiiti. A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira. 2004. In: **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 55, n. 1, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 8 de maio 2015.

CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; KHALFAN, Ashfaq. **Sustainable Development Law: Principles, Practices & Prospects**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

COSTA, Ligia Maura. **Direito Internacional do Desenvolvimento Sustentável e os Códigos de Conduta de Responsabilidade Social**. Análise do Setor do Gás e Petróleo. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **OMC e Direito Internacional do Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. **Direito Internacional do Desenvolvimento Sustentável e os Códigos de Conduta de Responsabilidade Social**. Análise do Setor do Gás e Petróleo. Curitiba: Juruá, 2009.

DECISÃO L/4903 de 28 de novembro de 1979. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/enabling1979_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE CINGAPURA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/theWTO_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE DOHA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

DECLARAÇÃO MINISTERIAL DE GENEVRA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min98_e/mindec_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

ENTENDIMENTO RELATIVO ÀS NORMAS E PROCEDIMENTOS QUE REGEM A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

EISENHARDT, Kathleen M. Building Theories from Case Study Research. In: *The Academy of Management Review*, vol. 14, n. 4, Oct., 1989, p. 532-550.

FAINI, Riccardo; GRILLI, Enzo R. (eds.). *Multilateralism and Regionalism after the Uruguay Round*. New York: St. Martin's Press; London: Macmillan Press, 1997.

FEUER, Guy; CASSAN, Hervé. *Droit International du Développement*. Paris: Dalloz, 1985.

FLORY, Thiébaud. *L'Organisation Mondiale du Commerce: Droit Institutionnel et Substantiel*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

FLORY, Maurice. *Droit International du Développement*. Paris: PUF, 1977.

FRENCH, Duncan. *International Law and Policy of Sustainable Development*. Manchester: Manchester University Press, 2005.

GALLAGHER, Kevin; WERKSMAN, Jacob (eds.). *The Earthscan Reader on International Trade and Sustainable Development (Earthscan Readers Series)*. London: Earthscan Publications Ltd, 2002.

HANDL, Günther. Sustainable Development: General Rules Versus Specific Obligations. In: *Sustainable Development and International Law*. International environmental law and policy series. Londres: Graham and Trotman, 1995.

HUDEC, Robert E. The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies. In: *Development, Trade and the WTO. A Handbook*. Washington: The World Bank, p. 81-91, 2002.

JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations*. Cambridge; New York, Melbourne: Cambridge University Press, 2000.

KOGAN, Lawrence A. REACH Revisited: A Framework for Evaluating Whether a Non-Tariff Measure Has Matured into an Actionable Non-Tariff Barrier to Trade. In: *American University International Law Review*, Vol. 28, No. 2, 2013, p. 489-668.

LOWE, Vaughan. Sustainable Development and Unsustainable Arguments. In: *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*. New York: Oxford University Press, 2001.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich (ed.). *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

RAMANZINI JUNIOR, Haroldo; VIANA, Manuela Trindade. Países em desenvolvimento em uma ordem internacional em transformação: coalizões e soluções de disputas na OMC. In: *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, v. 55, n. 2, dez. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000200004-&lng=pt&nrmiso>. Acesso em: 8 maio 2015.

REPORT OF THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT: OUR COMMON FUTURE (Relatório Brundtland 1987). Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

PHILIP, Andre. La Conférence de Genève, amorce d'un mouvement Mondial irréversible. In: *Développement et Civilisations, Institut de Recherche et de Formation en Vie du Développement Harmonisé (IRFED); Centre National de la Recherche Scientifique*, Paris, n. 19, p. 23-35, Septembre 1964.

REPORT OF THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT: OUR COMMON FUTURE (Relatório Brundtland 1987). Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 8 de maio de 2015.

SHAFFER, Gregory. The WTO Tuna-Dolphin II Case: United States: Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. In: *Minnesota Legal Studies Research Paper N. 12-62.2012*.

SCHRIJVER, Nico; WEISS, Friedl. *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice. International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

THORSTENSEN, Vera. OMC. **Organização Mundial do Comércio**. As Regras do Comércio Internacional e a Rodada de Negociações Multilaterais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

VIRALLY, Michel. Vers un Droit International du Développement. In: *Annuaire Français de Droit International*, v. 11, Paris, CNRS, p. 3-12.1965.

YIN, Robert K. *Case Study Research: Design and Methods*. London: Sage, 1989.

O CONTROLE SOCIAL ANTIDROGAS POR DENTRO DA BARBÁRIE DO SISTEMA PENAL: UM RECORTE DA REALIDADE CATARINENSE

Marco Aurélio Souza da Silva¹

Introdução

A utilização de drogas modificadoras do estado de consciência, seja para consumo, comércio, efeitos religiosos, místicos, medicinais ou para simples fuga da realidade, acompanha gerações na história da humanidade. Contudo, nas últimas décadas, a questão das drogas tornadas ilícitas tem sido um tema tormentoso, sobretudo quando relacionado ao sistema punitivo.

Em uma perspectiva histórica, observa-se que a questão relacionada às drogas sofre uma intensa influência de políticas internacionais, com elaboração de convenções proibitivas, postulados de segurança nacional e enorme investimento de recursos na área militar, disseminando a ideia de guerra que molda a política criminal repressiva.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), especialista em direito penal e processual penal pela Universidade da Vale do Itajaí (UNIVALI); auditor fiscal de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

É nessa conjuntura que se sobressai o controle social antidrogas, sob o manto de um sistema penal que prega o discurso de segurança pública dirigido à construção de mais presídios, produção de leis penais mais rigorosas, maior vigilância eletrônica, aumento do número de policiais e encarceramento em massa, abrindo o espaço para uma política de violação dos direitos humanos, notadamente contra as classes sociais desfavorecidas ou vulneráveis, composta essencialmente por pobres, negros e imigrantes.

A partir de apontamentos acerca do sistema penal, do discurso criminológico crítico e político-criminal, o estudo tem por objetivo abordar a realidade do Estado de Santa Catarina no campo da criminalização das drogas, inserida no contexto nacional, visando demonstrar a ocorrência de um controle social antidrogas no Estado incidente sobre essa população.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, adota-se o marco teórico da Criminologia crítica, cujas evidências teóricas e empíricas demonstram o fracasso (ou, como diria Foucault, o “sucesso”) das políticas criminais repressivas com derramamento de sangue e o caráter seletivo, desigual e estigmatizador do sistema penal.

Como metodologia, emprega-se o método dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica e documental, confrontando-se suportes doutrinários, dados estatísticos referentes à população carcerária nacional e estadual catarinense.

A relevância da discussão teórica permite uma aproximação empírica e analítica de um problema que se propaga no Estado de Santa Catarina, paralelamente ao que ocorre no restante do País, e que produz um verdadeiro extermínio de pessoas.

O sistema penal e o discurso criminológico crítico

Definido por Zaffaroni como o “controle social punitivo institucionalizado”, o sistema penal compreende a atividade do legislador, dos policiais, dos juízes, dos promotores, dos funcionários, da execução penal etc., segmentos básicos que convergem na atividade institucionalizada do sistema. Assim, o sistema penal abarca desde a suspeita da

prática de um delito até a imposição ou execução de uma pena, presumindo uma atividade normativa criadora da lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e as condições para essa atuação.²

O discurso do sistema penal, sustentado pelos princípios da legalidade, da legitimidade, da retribuição, da prevenção, do interesse público, da igualdade, da culpabilidade, da proteção de bens jurídicos, bem como a instrumentalização desse arsenal teórico para o combate à criminalidade, há várias décadas tem sido objeto de críticas no âmbito de pesquisas criminológicas, colocando frente a frente basicamente os enfoques da Criminologia crítica e da Criminologia positivista.

A Criminologia tradicional positivista, tida como ciência das causas da criminalidade, assenta-se sobre o paradigma etiológico, como premissa pré-constituída às definições (visão ontológica da criminalidade), não deixando espaço para quaisquer questionamentos sobre as normas jurídicas e o papel das instituições oficiais na definição de comportamentos considerados criminosos ou desviantes. Nesse sentido, a criminalidade é definida como um *status* atribuído a certos indivíduos, cuja propensão a delinquir pode ser determinada por suas características biológicas, psicológicas ou fatores socioambientais a que estão submetidos e que os diferenciam de outros na sociedade.³

Por ser considerada uma entidade ontológica, na visão positivista, a criminalidade procura ser justificada como necessidade de um saber

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 70.

3 Na lição de Baratta, a Criminologia positivista se baseia na teoria patológica da criminalidade, considerando as características biológicas e psicológicas que diferenciam os indivíduos “criminosos” dos indivíduos “normais”. Assim, seu objeto não é propriamente o delito, como conceito jurídico, mas o homem delinquent, como um indivíduo diferente, de maneira que esse modelo estuda as causas ou os fatores da criminalidade (paradigma etiológico) a fim de individualizar as medidas para combatê-los, intervindo no sujeito criminoso (correcionalismo) (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 29).

ou uma ciência das causas para a investigação das condutas desviantes, a fim de individualizar as medidas adequadas para conter ou eliminar os indivíduos selecionados. Conforme assinala Andrade, a necessidade desse saber causal, conseqüentemente, origina um saber tecnológico, dogmático, representado pelo diagnóstico da patologia criminal (doença) e pelo tratamento que leva à cura (remédio). Nasce, assim, o discurso maniqueísta de combate à criminalidade (o “mal”) em defesa da sociedade (o “bem”), respaldado pela ciência⁴, na medida em que as supostas causas da criminalidade dão sustentação a uma luta científica contra o crime e a uma política criminal de encarceramento em massa.

Contudo, a Criminologia tradicional não está imune a críticas, porquanto sua concepção etiológica do delito e ontológica do criminoso é desconstituída pela Criminologia crítica, que concebe a criminalidade, o crime e o criminoso como uma construção efetuada pelas agências de controle social, a partir da rotulação ou etiquetamento de determinados indivíduos como desviantes. Conforme destaca Andrade, passa-se de uma ciência das causas da criminalidade (paradigma etiológico) para uma ciência das condições de criminalização (paradigma da reação social), ocupando-se do controle sociopenal e da análise da estrutura, operacionalidade e reais funções do sistema penal.⁵ A Criminologia crítica estabelece, portanto, um olhar crítico frente à prisão e ao sistema penal como um todo, analisando suas funções e as soluções de que lança mão a fim de evitar e controlar os conflitos sociais e a criminalidade.

Com a mudança do enfoque do criminoso para as condições estruturais e institucionais do desvio, ganham destaques as análises críticas acerca da “criminalidade de colarinho branco”⁶, das “cifras negras da

4 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38.

5 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2003, p. 183-184.

6 Na sociedade capitalista, evidencia-se a escassa perseguição da criminalidade de colarinho branco pelas malhas da lei, em razão do prestígio dos autores das infrações, a ausência de estereótipo que oriente as agências oficiais e o baixo

criminalidade” e das estatísticas criminais⁷, nas quais se fundamenta a Criminologia da reação social, importantes ao processo de descaracterização da concepção de criminalidade presente no senso comum e que revelam o caráter seletivo do sistema penal.⁸

De acordo com a Criminologia crítica, os comportamentos lesivos aos bens jurídicos tutelados sofrem tratamentos desiguais, porquanto ocorre a criminalização e seleção de comportamentos característicos das classes inferiores ou desfavorecidas (relacionados à desocupação, subocupação, baixo grau de instrução educacional, entre outros) e a imunização de condutas lesivas praticadas pelas classes superiores ou favorecidas, no âmbito do modo de produção capitalista.⁹

A violência atribuída a esses comportamentos lesivos, logo, passa a ser identificada com a violência individual (de uma minoria), que se encontra, por sua vez, no centro do campo dogmático de crime, imunizando a relação entre a criminalidade e a violência institucional e estrutural.¹⁰ Daí a pertinência da crítica criminológica, ao afirmar a

poder estigmatizante das sanções aplicadas, ao contrário do que ocorre com a perseguição das infrações praticadas pelos estratos socialmente desfavorecidos.

- 7 As estatísticas criminais, baseadas na criminalidade identificada e perseguida, mostram que a criminalidade de colarinho branco é bastante inferior, sugerindo um quadro falso da distribuição da criminalidade nos diversos estratos sociais.
- 8 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50.
- 9 Baratta salienta que as normas do direito penal são aplicadas de maneira seletiva, refletindo as relações de desigualdade existentes e exercendo uma função de reprodução de tais relações. Desse modo, as sanções penais seletivas e estigmatizantes mantêm a escala vertical da sociedade e exercem uma função simbólica, na qual a punição de certos comportamentos ilegais serve para encobrir um número maior de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 166).
- 10 A violência corresponde a uma forma geral, envolvendo diversas outras específicas (violência individual, violência de grupo, violência institucional, violência internacional). Na violência individual, o agente é um indivíduo; na violência de grupo, o agente é um grupo social que se serve de indivíduos (ex: grupos paramilitares); na violência institucional, o agente é um órgão do Estado, um governo, o exército ou a polícia (ex: terrorismo de Estado, ditadura); na violência internacional, o agente é a administração de um Estado, que se

existência de uma lógica de relações desiguais na distribuição de recursos e de poder na sociedade, em que convivem, lado a lado, inúmeros comportamentos considerados proibidos - e sancionados - e diversos outros semelhantes permitidos - ou ignorados, a exemplo da prática do crime de falsidade ideológica de juízes que, diariamente, subscrevem declarações como prestadas em sua presença, nas quais jamais estiveram presentes, a conduta de não devolver livro emprestado, a prática de levar toalha de um hotel, a apropriação de objeto perdido etc., conforme lecionam Zaffaroni e Pierangeli.¹¹

A criminalidade, desse modo, representa uma conduta majoritária e presente em todos os estratos sociais. Como enfatiza Andrade, “o que ocorre é que a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal”, de maneira que “os pobres não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados”¹². Destarte, as maiores chances de um indivíduo ser selecionado para integrar a denominada “população criminosa” estão concentradas nos níveis mais baixos da escala social, evidenciando a existência de um componente ideológico e de controle.

Percebe-se, então, que o componente ideológico é inerente à estrutura e à forma de funcionamento do sistema penal, do mesmo modo como este é inerente à estrutura e ao funcionamento do direito abstrato. Na lição de Baratta, a forma da mediação jurídica das relações de produção e das relações sociais na sociedade capitalista moderna é ideológica, na medida em que “o funcionamento do direito não serve, com efeito, para produzir a igualdade, mas para reproduzir e manter a desigualdade”, isso porque o direito penal não defende somente os

dirige com suas ações contra o governo e o povo de outro Estado (ex: crimes internacionais) (BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, ano 6, v. 6, n. 2, abr./jun. 1993, p. 46-47).

- 11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 58.
- 12 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2003, p. 265.

bens essenciais a todos os cidadãos (e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário), a lei penal não é igual para todos (já que o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos), assim como o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso são independentes da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei.¹³

A partir desses apontamentos acerca do sistema penal e do discurso criminológico crítico, transportando-os para a aplicação no campo da criminalização das drogas ilícitas, constata-se igualmente o processo de seleção de indivíduos usuários e traficantes, rotulados como criminosos, escolhidos dentre aqueles de classes vulneráveis economicamente e que alimentam as estatísticas de criminalidade. Representando a ameaça à sociedade, esses indivíduos selecionados são o principal alvo da política criminal beligerante antidrogas, verificada a seguir.

Drogas¹⁴: sucesso e fracasso no discurso político-criminal

No campo internacional, verifica-se que após o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação das Nações Unidas (1945), iniciaram-se as diretrizes de controle mundial antidrogas a partir da elaboração de

13 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à Sociologia do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 162 e 213.

14 Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), a palavra “droga” significa “toda substância que, introduzida em um organismo vivo, pode modificar uma ou mais funções deste”. Trata-se de um conceito amplo que abarca não apenas medicamentos destinados ao tratamento de enfermidades, como também outras substâncias ativas do ponto de vista farmacológico. Portanto, a palavra “droga” inclui substâncias diversas quanto à capacidade de produzir alterações físicas e/ou psíquicas, tendo em comum apenas a proibição. A proliferação indiscriminada do termo na mídia gerou uma distorção de seu significado, colaborando para que “droga” fosse assimilada de forma preconceituosa e associada ao proibido, na medida em que, como diz Olmo, a própria palavra funciona como estereótipo, mais do que como conceito, e como crença, mais do que como descoberta científica pesquisada, sendo “o bode expiatório por excelência” (OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Trad. Tereza Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 21-22).

três convenções: a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961)¹⁵, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971)¹⁶ e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida também como Convenção de Viena (1988)¹⁷.

Esse sistema classificatório de substâncias consubstancia-se em um modelo uniforme de controle que submete as substâncias proibidas a um regime internacional de interdição e que defende a criminalização do uso e do comércio com opção preferencial pela pena privativa de liberdade. Diante disso, torna-se importante registrar o contexto histórico de surgimento de tais legislações.

Durante o período da Guerra Fria, observa-se que uma enorme soma de recursos é investida na área militar, alavancando o capitalismo industrial de guerra no campo geopolítico das relações internacionais, onde o combate às drogas ocupa um lugar de destaque como elemento de subversão associado à estratégia comunista. Surge, assim, um discurso em relação às drogas, coerente com os fins perseguidos, definido por Olmo como “discurso político-jurídico transnacional”,

15 A Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, instituiu um sistema internacional de controle sobre a produção, a distribuição e o comércio de drogas, atribuindo aos Estados signatários a responsabilidade pela incorporação dessas medidas às suas legislações nacionais. Nessa convenção, ficou estabelecido o prazo de 15 (quinze) anos para a eliminação gradual do ópio e de 25 (vinte e cinco) anos para a cocaína e a *cannabis*.

16 Em 1971 as Nações Unidas elaboraram a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, na qual foram acrescentadas ao rol de drogas narcóticas (ópio, *cannabis* e cocaína) as drogas psicotrópicas, sob o argumento de que também produziam efeitos danosos e, portanto, necessitavam controle. Sob o mesmo fundamento, essa Convenção repetiu as linhas gerais do conteúdo da Convenção Única.

17 Em 1988 foi elaborada a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ampliando o controle internacional antidrogas e marcando o problema como uma responsabilidade coletiva global no sentido da repressão. Pretendeu-se evidenciar uma resposta da comunidade internacional ao aumento da produção e do tráfico de drogas ilícitas, cujas medidas preconizadas por essa Convenção de Viena não se limitavam à questão do tráfico, incluindo também alguns dos delitos diretamente relacionados às drogas, como lavagem de dinheiro e desvio de precursores químicos.

que corresponde ao surgimento do modelo geopolítico e à incorporação dos postulados da Doutrina da Segurança Nacional ao tema das drogas.¹⁸

Embora os principais objetivos da “guerra contra as drogas” estejam relacionados à erradicação dos cultivos, ao confisco das drogas, à destruição dos negócios de lavagem de dinheiro dentro dos Estados Unidos e ao castigo dos traficantes e consumidores, Olmo salienta que os maiores esforços são dirigidos aos dois primeiros porque “o mais importante dessa guerra é reduzir a quantidade de drogas que entra nos Estados Unidos e aumentar, em consequência, seu custo para o consumidor”.¹⁹ Desse modo, são traçadas estratégias de eliminação das drogas antes de chegarem aos Estados Unidos e de eliminação dos traficantes, aumentando a participação intervencionista norte-americana no exterior, especialmente na América Latina.

A partir da década de 1980, os Estados Unidos utilizam o combate às drogas como eixo central de sua política no continente, passando a difundir, segundo Batista, termos como “narcoguerrilha” e “narcoterrorismo”, em clara simbiose com seus “inimigos externos”. As drogas, então, passam a constituir o eixo das políticas de segurança nacional nos países atrelados a Washington e os países andinos, por sua vez, transformam-se em campo de batalha e “as cidades se transformam em mercados brutalizados para o varejo residual das drogas ilícitas”, conforme pontua Batista.²⁰

No plano nacional, as primeiras legislações que dispuseram sobre a incriminação das drogas remontam às Ordenações Filipinas (1603)²¹, seguidas por diversas outras, como o Código Penal Republicano

18 OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Trad. Tereza Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 69.

19 OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Trad. Tereza Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 65.

20 BATISTA, Vera Malaguti. *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03.set.2013.

21 Título LXXXIX: “Que ninguém tenha em sua casa rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso”. Para mais detalhes, consultar: Ordenações Filipinas *On-line*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>>. Acesso em: 05.set.2013.

(1890)²², que dispôs expressamente (em seu art. 159) sobre a proibição de substâncias consideradas venenosas. Este, posteriormente revogado, deu lugar a uma concepção sanitária de controle das drogas, tendo em vista que o consumo de tais substâncias não era considerado massivo, mas ligado a determinados grupos sociais e sem significação econômica.

Mas o instrumento ideológico dos Estados Unidos é recepcionado pelo Brasil²³, resultando na Doutrina de Segurança Nacional que reconhece como “inimigos internos” todos aqueles associados aos comunistas, os quais, posteriormente, dão lugar aos traficantes de drogas, como inimigos a serem combatidos pelo modelo de política criminal beligerante. Percebe-se, assim, que a militarização do controle das drogas guarda relação direta com a militarização ideológica da segurança, numa visão maniqueísta entre o bem e o mal, causadora de inúmeras violações aos direitos humanos.

Essa política criminal maniqueísta reflete o contexto mundial, na medida em que países pobres representam os fornecedores de drogas, identificados como traficantes, considerados criminosos que devem ser rigorosamente penalizados e controlados, enquanto que países ricos representam os consumidores, considerados vítimas, doentes e dependentes que devem receber tratamento.

Os contornos de guerra dados à política repressiva às drogas ilícitas, em que o inimigo do Estado – o traficante – deve ser combatido e eliminado, promovem uma situação na qual as instituições do Sistema

22 TITULO III (Dos crimes contra a tranquilidade pública), Capítulo III (Dos Crimes Contra a Saúde Pública). “Art. 159. Expôr à venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena – de multa de 200\$ a 500\$000”. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 05.set.2013.

23 A partir do Estado Novo, em 1946, surge um eixo moralizante aderido ao discurso da droga, perdurando até 1964, ano do golpe militar, momento em que ocorre a ruptura do modelo de política criminal, transmudando-se do sanitário para o bélico. No contexto internacional, a partir dessa década, as drogas (como maconha, LSD etc.) adquiriram uma conotação libertária, associada a movimentos de contestação e de manifestações políticas por democracia.

de Justiça e os operadores jurídicos procuram legitimar o discurso da construção do Estado de Polícia em detrimento do Estado de Direito, com movimentos de “Tolerância Zero” e de “Lei e Ordem”, sob o manto de defesa da sociedade.

Contudo, o discurso proibicionista e criminalizador que nutre o sistema penal mostra sinais, cada vez mais perceptíveis, do fracasso de suas funções declaradas de controle da criminalidade, do consumo e do tráfico de drogas, inclusive reconhecido pela própria Organização das Nações Unidas - ONU, quanto à sua utópica intenção de construir “um mundo livre das drogas”.

A constatação atual é de que “um mundo livre das drogas” não apenas não foi alcançado como também o combate repressivo dirigido à sua eliminação resultou em consequências sociais desastrosas, com o aumento da violência, da exclusão, da população prisional e da mortalidade especialmente juvenil.

Ainda assim, no centro das soluções político-jurídicas contraditórias se destacam a Constituição Federal de 1988, que estabelece que o tráfico de drogas configura crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia, e a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que ratifica a opção pelo aumento da repressão criminal e pelo encarceramento.

Com a criação da Lei nº 11.343/06, que instituiu o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), revogando a Lei nº 6.368/76, optou-se pela despenalização do consumidor de drogas, no intuito de retirar da mira repressiva do Estado a massa de jovens consumidores provenientes das classes média e alta. Não obstante o avanço legislativo, o discurso de repressão às drogas ilícitas mantém a dicotomia social e reforça o discurso médico-jurídico que diferencia usuário e traficante, ao definir a observância de prevenção ao uso indevido e de repressão ao tráfico.²⁴

24 Vale ressaltar, por oportuno, que no Brasil as drogas ilícitas somente são proibidas porque figuram em uma lista editada por ato administrativo de autoridade sanitária, cujo rol de substâncias possui função de complementar a norma criminalizadora. Uma vez retirada determinada droga da mencionada lista, aquela deixa de configurar ilicitude penal.

No campo da produção e do comércio, as drogas ilícitas atendem a uma demanda de consumidores como ocorre com qualquer outra mercadoria, ou seja, encontram-se inseridas na lógica que preside a relação econômica na sociedade capitalista. Na lição de Karam, as atividades de produção, distribuição e consumo dessas substâncias representam atividades econômicas que, em sua essência, não diferem de quaisquer outras atividades realizadas no mercado produtor, distribuidor e consumidor de bens ou serviços.²⁵ No entanto, a intervenção do sistema penal, por meio da criminalização de condutas relacionadas à produção e à distribuição dessas mercadorias, transforma tais atividades na linguagem demonizadora de “tráfico de drogas” e de “crime organizado”.

Outro ponto interessante revelado pela Criminologia crítica diz respeito ao fato de que não são as drogas que, necessariamente, geram violência e nem os consumidores os responsáveis pela violência de traficantes. Consoante leciona Karam, os consumidores respondem apenas pela existência do mercado, assim como são consumidores de quaisquer produtos, de maneira que o responsável pela violência é o Estado, ao criar a ilegalidade e, conseqüentemente, gerar criminalidade e violência.²⁶

No entanto, a figura do “inimigo” recai sobre os “empresários” e “trabalhadores” do comércio de drogas ilícitas, demonizados como “traficantes”, que vivem nas favelas e periferias das cidades, sustentando o modelo repressivo que cumpre a função de encarceramento das populações excluídas do mercado consumidor.

Se, por um lado, há enormes custos sociais decorrentes da criminalização das drogas ilícitas e dos escassos efeitos da política criminal adotada sobre a oferta e demanda, por outro, há enormes vantagens para os especuladores do sistema financeiro. Conforme salienta Karam,

25 KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Col. Escritos sobre liberdade, Vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 35.

26 KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Col. Escritos sobre liberdade, Vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

amparada em dados da Organização das Nações Unidas – ONU, o mercado das drogas ilícitas movimentava cerca de 500 bilhões de dólares anualmente.²⁷ Porém, considerando que os lucros desse negócio operam num mercado paralelo, é possível que atualmente os números já estejam subestimados. Nesse sentido, também não seria legítimo falar apenas em fracasso da política de controle das drogas.

À semelhança do que ocorre com a instituição carcerária, criminólogos críticos denunciam que o discurso proibicionista das drogas contém funções declaradas que não se realizam e funções latentes que se concretizam.²⁸ Seguindo o pensamento de Foucault, a partir da crítica ao cárcere, deve-se deixar de lado a perspectiva ideológica de “fracasso” e utilizar a ideia de “sucesso”, relegando a um segundo plano as funções declaradas para interpretar o fenômeno através de suas funções reais.

Nesse universo de pensamentos, englobando fenômenos políticos, econômicos, sociais e de saúde pública, a problemática das drogas ilícitas, sobretudo no contexto brasileiro, revela o quanto o tema não é tratado com a devida seriedade, imperando o desconhecimento, a desinformação, o sensacionalismo midiático, a estigmatização, a seletividade, a desigualdade e a criminalização da pobreza. Aliás, percebe-se inclusive um discurso que ignora a necessidade de certos indivíduos fugirem dos seus problemas socioafetivos, produzidos, não raro, pela realidade de abandono, desemprego e exclusão social em que sobrevivem, bem como a história do controle político das contraculturas que ameaçam as sociedades norte-americana e europeia, dando azo a oportunidades de intervenção em outros países em busca da manutenção do poder internacional.

27 KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 692.

28 BARATTA, Alessandro. *Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias*. p. 216-217. Disponível em: <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=283&Itemid=27> Acesso em: 04.out.2013.

Diante das análises desenvolvidas acerca do sistema penal e do discurso criminológico crítico, relacionadas às drogas ilícitas, será enfatizado, a seguir, que no âmbito estadual catarinense, a realidade e os efeitos do sistema guardam uma relação de similitude.

O controle social antidrogas recortado na realidade catarinense

O sistema penal, o discurso criminológico e o fracasso (ou “sucesso”) das políticas criminais contra as drogas, expostos até aqui, podem ser recortados na realidade do Estado de Santa Catarina, na medida em que esta unidade federativa se insere nas políticas nacionais e obedece aos interesses econômicos globalizados. Assim, a fim de compreender a situação carcerária relacionada às drogas no Estado, é necessário situá-la no contexto nacional, oportunidade em que aqui, por questão didática e de atenção aos objetivos inicialmente formulados no presente estudo, utilizar-se-ão os dados estatísticos referentes ao tráfico de drogas.

Tendo em vista os dados estatísticos fornecidos pelo Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e pelo Ministério da Justiça, compreendidos entre 2000 e 2011, verifica-se que a população carcerária nacional aumentou significativamente, ainda que considerado o crescimento do número de habitantes no mesmo período, conforme quadro abaixo:

QUADRO 1: Dados da população carcerária no Brasil, incluída em todos os Grupos de crimes e no “Grupo Entorpecentes”, entre dezembro de 2000 e dezembro de 2011.

POPULAÇÃO	2000	2001	2002	2003
Total de habitantes*	169.590.693	-	-	-
	2004	2005	2006	2007
	-	-	-	-
	2008	2009	2010	2011
	-	-	190.755.799	-

POPULAÇÃO	2000	2001	2002	2003
Total de reclusos incluídos em todos os Grupos de crimes	232.755	233.859	239.345	308.304
	2004	2005	2006	2007
	336.358	361.402	401.236	422.373
	2008	2009	2010	2011
	451.429	473.626	496.251	514.582
POPULAÇÃO	2000	2001	2002	2003
Índice de encarceramento x 100 mil habitantes	137,24	-	-	-
	2004	2005	2006	2007
	-	-	-	-
	2008	2009	2010	2011
	-	-	260,14	-
POPULAÇÃO	2000	2001	2002	2003
Total de reclusos incluídos apenas no "Grupo Entorpecentes"	-	-	-	-
	2004	2005	2006	2007
	-	32.880	47.472	65.494
	2008	2009	2010	2011
	77.371	91.037	106.491	125.744

Fonte: InfoPen – Estatística. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 05.out.2013.

*Censo demográfico do IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_8.pdf>. Acesso em: 05.out.2013.

Os referidos dados apontam que no Brasil, entre os anos 2000 e 2010, o total de habitantes aumentou de 169.590.693 (cento e sessenta e nove milhões, quinhentos e noventa mil, seiscentos e noventa e três) para 190.755.799 (cento e noventa milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e noventa e nove), um acréscimo correspondente a 12,48%, enquanto que a população carcerária em geral aumentou de 232.755 (duzentos e trinta e dois mil, setecentos e cinquenta e cinco) para 496.251 (quatrocentos e noventa e seis mil, duzentos e cinquenta e um) reclusos, um acréscimo de 113,20%. Tomado o índice de encarceramento para cada 100 (cem) mil habitantes, verifica-se o aumento de 137,24 para 260,14, correspondente a 89,55%, o que significa que a

população carcerária, aproximadamente, dobrou em apenas 10 (dez) anos no Brasil.

As estatísticas revelam também que os reclusos por tráfico de drogas, enquadrados no “Grupo Entorpecentes”, correspondiam a 9,09% (32.880) do total de reclusos (361.402) em 2005, enquanto que em 2010 passaram a representar 21,45% (106.491) do total de reclusos (496.251). Partindo desse contexto numérico, conclui-se que a população encarcerada pela prática de tráfico de drogas mais do que dobrou no mesmo período, evidenciando a opção político-criminal de incremento punitivo em nível nacional.

Demonstrada a situação prisional em nível nacional, cumpre agora comparativamente registrar a situação específica do Estado de Santa Catarina a partir das mesmas fontes estatísticas, momento em que igualmente se observa que a população carcerária catarinense sofreu um significativo crescimento, ainda que levado em conta o aumento do número de habitantes no período. É o que se infere do quadro a seguir:

QUADRO 2: Dados da população carcerária em Santa Catarina, incluída em todos os Grupos de crimes e no “Grupo Entorpecentes”, entre dezembro de 2000 e dezembro de 2011.

Santa Catarina	2000	2001	2002	2003
Total de habitantes*	5.349.580	-	-	-
	2004	2005	2006	2007
	-	-	-	-
	2008	2009	2010	2011
-	-	6.248.436	-	
Santa Catarina	2000	2001	2002	2003
Total de reclusos incluídos em todos os Grupos de crimes	-	-	-	-
	2004	2005	2006	2007
	-	9.570	9.095	10.915
	2008	2009	2010	2011
12.363	13.340	14.541	14.974	

Santa Catarina	2000	2001	2002	2003
	-	-	-	-
Índice de encarceramento x 100 mil habitantes	2004	2005	2006	2007
	-	-	-	-
	2008	2009	2010	2011
	-	-	232,71	-
Santa Catarina	2000	2001	2002	2003
	-	-	-	-
Total de reclusos incluídos apenas no “Grupo Entorpecentes”	2004	2005	2006	2007
	-	331	1.503	2.351
	2008	2009	2010	2011
	3.671	4.371	4.773	5.255

Fonte: InfoPen – Estatística. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 05.out.2013.

*Censo demográfico no IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/tabelas_pdf/Brasil_tab_1_8.pdf>. Acesso em: 05.out.2013.

Consoante os dados estatísticos oficiais acima, tem-se que em Santa Catarina, no período compreendido entre 2000 e 2010, o número de habitantes aumentou de 5.349.580 (cinco milhões, trezentos e quarenta e nove mil, quinhentos e oitenta) para 6.248.436 (seis milhões, duzentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e trinta e seis), o que corresponde a um acréscimo de 16,80%. Porém, enquanto a população carcerária em geral aumentou de 9.570 (nove mil, quinhentos e setenta), em 2005, para 14.974 (quatorze mil, novecentos e setenta e quatro) em 2011, correspondendo a um acréscimo de 56,46%, o número de reclusos por tráfico de drogas, enquadrados no “Grupo Entorpecentes”, que correspondia a 3,45% (331) do total de reclusos (9.570) em 2005, passou a representar 35,09% (5.255) do total de reclusos (14.974) em 2011.

O que os dados comparativos de encarceramento pela prática de delitos em geral em nível nacional e estadual catarinense evidenciam é que a política criminal levada a cabo apresenta uma relação de proporcionalidade no que tange ao controle social punitivo. A gravidade da situação chama mais ainda a atenção quando constatada a barbárie do sistema penal no tocante à política criminal específica dirigida ao

controle das drogas, cujo crescimento do aprisionamento em massa mais do que dobrou em 5 (cinco) anos (2005-2010) no âmbito nacional e, surpreendentemente, aumentou mais de 10 (dez) vezes, no âmbito estadual, entre 2005 e 2011.²⁹

Outra evidência do controle social punitivo pode ser identificada quando analisado o grau de instrução da população encarcerada, situação em que o modelo de política criminal adotado em relação às drogas ilícitas revela a influência do poder do mercado e a redução do Estado Social, recaindo o controle punitivo sobre as classes pobres, desfavorecidas ou vulneráveis³⁰. É o que se verifica a partir dos seguintes dados estatísticos fornecidos pelo Ministério da Justiça:

QUADRO 3: Dados referentes ao grau de instrução dos presos no Brasil e em Santa Catarina entre 2005 e 2011.

GRAU DE INSTRUÇÃO	ÂMBITO NACIONAL / ESTADUAL	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Analfabeto	Brasil	11.829	19.349	29.724	28.432	26.091	25.319	26.434
	Santa Catarina	569	285	473	466	621	615	531
Alfabetizado	Brasil	56.671	47.903	52.332	47.004	49.521	55.783	58.417
	Santa Catarina	3.288	1.587	2.114	1.297	1.406	1.011	907
Ensino Fundamental Incompleto	Brasil	83.579	120.235	163.233	172.926	178.540	201.938	216.870
	Santa Catarina	3.449	2.394	4.168	5.881	5.766	7.137	7.216

29 Para um estudo mais aprofundado, considerando o encarceramento da população feminina, os indivíduos submetidos ao cumprimento de penas e medidas alternativas e a relação existente entre o controle social exercido pelo capital e pelo sistema penal, confrontar: SILVA, Marco Aurélio Souza da. *O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da Criminologia crítica: a construção da criminalidade do tráfico de drogas nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

30 A vulnerabilidade, segundo Bianchini, é entendida como a reduzida ou inexistente capacidade de o indivíduo ou grupo social deliberar sobre sua situação de risco, estando ligada diretamente a fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e biológicos (BIANCHINI, Alice. Comentários ao art. 18. In: GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75).

GRAU DE INSTRUÇÃO	ÂMBITO NACIONAL / ESTADUAL	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ensino Fundamental Completo	Brasil	23.685	34.701	43.846	49.262	67.381	52.826	59.101
	Santa Catarina	2.095	1.290	1.902	2.068	2.578	2.609	2.587
Ensino Médio Incompleto	Brasil	15.751	23.015	34.145	41.701	44.104	47.461	52.907
	Santa Catarina	1.182	986	1.048	1.291	1.514	1.812	1.675
Ensino Médio Completo	Brasil	10.375	15.731	24.838	28.972	31.017	32.661	36.353
	Santa Catarina	805	562	827	947	1.073	1.166	1.299
Ensino Superior Incompleto	Brasil	1.123	1.814	3.434	3.718	2.942	3.134	3.766
	Santa Catarina	61	72	110	126	121	117	182
Ensino Superior Completo	Brasil	843	1.145	1.586	1.705	1.715	1.829	1.910
	Santa Catarina	18	38	40	58	66	68	82
Ensino acima de Superior Completo	Brasil	11	43	57	68	60	72	152
	Santa Catarina	1	2	2	5	4	2	4

Fonte: InfoPen – Estatística. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 07.out.2013.

A partir dos dados oficiais referentes ao grau de instrução da população carcerária no Brasil e no Estado de Santa Catarina, entre 2005 e 2011, observa-se a predominância absoluta de presos com ensino fundamental incompleto, quando comparados com os de ensino superior completo. Mais dramática, ainda, é a situação verificada quando comparado o número absurdamente predominante de presos sem curso superior com o de nível universitário. Essas comparações evidenciam um processo de seleção de indivíduos pertencentes às classes desfavorecidas, ou seja, com maior probabilidade de criminalização.

Constata-se que o processo de redução do Estado social influencia, de maneira reflexa em Santa Catarina, o fortalecimento do Estado penal, como também uma forma de controle social do trabalho precário e as classes desfavorecidas, consideradas perigosas e fonte irradiadora da criminalidade.

A breve análise das estatísticas desnuda o controle social e o estado atual do sistema carcerário, que na visão de Carvalho demonstra a forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas e culturais, optando pela via da exclusão, da neutralização e da anulação da alteridade. Os dados ainda revelam, na mesma linha do criminólogo, que “a responsabilidade pela densificação do punitivismo e pela criação do imenso contingente de pessoas presas é dos atores que dão vida, diariamente, ao sistema punitivo”.³¹

Portanto, extrai-se do universo estatístico analisado que o controle social antidrogas recortado na realidade catarinense mantém a mesma linha político-criminal representada pelo fracasso (ou “sucesso”) no encarceramento em massa, operado de modo seletivo, excludente e desigual, segundo denunciado pela Criminologia crítica. Conforme salientado no decorrer do trabalho, a análise histórica e crítica do sistema punitivo revela a ambiguidade do discurso dos fins sociais da pena de prisão, da retribuição, da prevenção geral e especial, sustentado pelos defensores da instituição carcerária e, conseqüentemente, da Criminologia positivista.

Infelizmente, a política de segurança pública de combate à criminalidade, notadamente relacionada às drogas ilícitas, continua sendo o foco principal dos governos federal e estadual catarinense, amparada em leis que multiplicam e agravam as infrações penais com pena privativa de liberdade, no aumento da repressão policial, na construção de novas penitenciárias e no aumento do controle social, intensificando a violência institucional e estrutural. Uma política de reintegração social dos autores de delitos deve ter como objetivo imediato a redução de encarceramento e a ampliação de penas alternativas.

31 CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 374-375;377.

Conclusão

Tendo em vista o objetivo inicialmente formulado e os apontamentos sobre o sistema penal, a Criminologia crítica, a política criminal e os dados estatísticos da população carcerária, o presente estudo procurou evidenciar a realidade do Estado de Santa Catarina no campo da criminalização das drogas, concluindo-se que existe, de fato, um controle social antidrogas no Estado que incide de modo seletivo e preponderantemente sobre as classes desfavorecidas.

O sistema penal enfrenta, há algum tempo, uma crise de legitimidade, na medida em que suas funções declaradas de combate à criminalidade, de ressocialização e reinserção social do condenado não mais se sustentam. O controle da criminalidade exercido pela repressão violenta e pela imposição da pena de prisão evidencia, a cada dia, a inutilidade do sistema penal alimentado pelo paradigma etiológico da Criminologia positivista, conforme denunciam os teóricos da Criminologia crítica.

O combate internacional às drogas, inclusive por meio de convenções antidrogas, possibilitou a expansão do controle social punitivo exercido pelo sistema penal sob a roupagem de “guerra”. A partir da intervenção do sistema penal com o proibicionismo criminalizador, as condutas relacionadas à produção e à comercialização dessas mercadorias foram transformadas, por meio da utilização de uma linguagem dramatizadora e demonizadora, no “tráfico de drogas” e no “crime organizado”, ocultando a verdadeira face de intervenção do Estado penal sobre determinados indivíduos, sobre os quais recai a figura de “inimigo”.

Os aportes teóricos da Criminologia crítica se amoldam às estatísticas, cujo cenário revela que no Brasil, entre os anos 2000 e 2010, o total de habitantes aumentou 12,48%, enquanto que a população carcerária em geral aumentou 113,20%. Tomado o índice de encarceramento para cada 100 mil habitantes, esse aumento foi de 89,55%, evidenciando que a população carcerária, aproximadamente, dobrou em apenas 10 (dez) anos no País.

No mesmo período, os encarcerados por tráfico de drogas correspondiam a 9,09% do total de reclusos em 2005, enquanto que em 2010 passaram a representar 21,45% do total de reclusos, concluindo-se que a população encarcerada pela prática de tráfico de drogas mais do que dobrou, revelando a opção político-criminal de incremento punitivo em nível nacional.

Em Santa Catarina, no período compreendido entre 2000 e 2010, o número de habitantes aumentou 16,80%. Contudo, enquanto a população carcerária em geral aumentou 56,46%, entre 2005 e 2011, o número de reclusos por tráfico de drogas, que correspondiam a 3,45% do total de encarcerados em 2005, passou a representar 35,09% do total de reclusos em 2011.

Confrontando-se as estatísticas de encarceramento pela prática de delitos em geral, em nível nacional e estadual catarinense, percebeu-se uma relação de proporcionalidade no que tange ao controle social punitivo. Porém, o mais grave foi constatar a barbárie do sistema penal especificamente dirigido ao controle das drogas, cujo crescimento do aprisionamento em massa mais que dobrou em 5 (cinco) anos (2005-2010) no âmbito nacional e, surpreendentemente, aumentou mais de 10 (dez) vezes no âmbito estadual, entre 2005 e 2011.

De outra parte, os dados oficiais referentes ao grau de instrução da população carcerária no Brasil e no Estado de Santa Catarina, entre 2005 e 2011, revelam a predominância absoluta de presos com ensino fundamental incompleto, característica de indivíduos pertencentes às classes desfavorecidas, quando confrontados com os de ensino superior completo. Do mesmo modo, dramática é a situação quando comparado o número absurdamente predominante de presos sem curso superior com os de nível universitário.

Os criminólogos críticos identificaram que, em sociedades marcadamente desiguais, o controle social punitivo corresponde à administração de conflitos ideológicos. Considerada a dimensão de encarceramento, especialmente em relação ao grau de instrução dos apenados, percebe-se que as condenações que resultaram nas estatísticas não representam necessariamente um ato de neutralidade e racionalidade científica dos julgadores, mas uma orientação ideologicamente

seletiva (classista), cujo estereótipo é dado pelos marginalizados social e economicamente.

O estudo demonstra que o controle social punitivo antidrogas, recortado na realidade catarinense, mantém a mesma diretriz de política criminal representada pelo fracasso (ou “sucesso”) no encarceramento em massa, operado de modo seletivo, excludente e desigual. A análise crítica do sistema punitivo explica a ambiguidade do discurso dos fins sociais da pena de prisão, da retribuição, da prevenção geral e especial, sustentado pelos defensores da instituição carcerária e da Criminologia positivista, assim como desnuda a influência do poder do mercado e a redução do Estado social, que culminam com o controle social criminalizante dos excluídos e abandonados à própria sorte pelas instituições públicas, pela família, pela escola, pelo trabalho etc.

A política de guerra às drogas foi e continua sendo propulsora do crescimento carcerário em Santa Catarina, assim como no Brasil, mas desmascarada pelos fins que promete, já que na verdade se trata essencialmente de perseguição penal aos traficantes das calçadas e aos consumidores pobres. Isso porque o discurso de repressão ainda mantém a dicotomia social que diferencia usuário e traficante, estabelecendo prevenção ao consumo indevido e repressão ao tráfico. Na prática, trata-se da aplicação do paradigma médico aos jovens consumidores oriundos de classes sociais favorecidas (doentes que necessitam de serviços de saúde e reinserção social) e do paradigma penal aos jovens vendedores pertencentes às classes sociais desfavorecidas e vulneráveis (criminosos perigosos que devem ser combatidos e eliminados).

Não se deve perder de vista que o encarceramento não serve para solucionar problemas sociais, pois ele mesmo já é um problema social, na medida em que não inibe a prática de condutas criminosas e não ressocializa ninguém, servindo apenas como instrumento de vingança, estigmatizador, destruidor de subjetividades e perpetuador da violência.

A questão das drogas não é um problema criminal ou de segurança pública, mas um problema de saúde pública com repercussão na segurança pública. Sem a alternativa descriminalizante das drogas ilícitas, o massacre resultante do controle social punitivo por dentro da

barbárie do sistema penal nessa “guerra” continuará se perpetuando em números estatísticos absurdos, sendo o cárcere o símbolo ilusório da segurança contra a criminalidade e o final da estação para os marginalizados social e economicamente.

Bibliografia

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 2003.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, ano 6, v. 6, n. 2, abr./jun. 1993.

_____. *Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias*. Disponível em: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=283&Itemid=27. Acesso em: 04.out.2013.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 03.set.2013.

BIANCHINI, Alice. Comentários ao art. 18. In: GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 692.

_____. *Proibições, riscos, danos e enganoso: as drogas tornadas ilícitas*. Col. Escritos sobre liberdade, Vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Trad. Tereza Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. *O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da Criminologia crítica: a construção da criminalidade do tráfico de drogas nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: SUA IMPORTÂNCIA E NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO *ENTRENCHMENT* PARA PROTEÇÃO DOS HIPOSSUFICIENTES

Rosângela Tremel¹

Considerações iniciais

Com a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, torna-se cada vez mais evidente a aplicação de princípios na busca de se garantir direitos aos jurisdicionados. É o caso do princípio da proibição do retrocesso, que, sob sua invocação, impõe coercitivamente ao Poder Público o dever de implantar políticas públicas a fim de garantir ao cidadão o acesso a direitos básicos, como saúde e educação.

Muito embora os operadores de Direito tenham avançado no sentido de se garantir a efetiva tutela dos direitos dos cidadãos enunciados na Constituição da República, como, por exemplo, a maximização

¹ Advogada, jornalista, administradora de empresas, professora de Direito Público em grau de Mestre para graduação e pós graduação, Especialista em Advocacia e Dogmática Jurídica em Marketing e em Ciências Sociais, autora das Editoras Atlas e Ágora, colaboradora de periódicos nacionais especializados e palestrante convidada.

principiológica na interpretação da Lei Maior a fim de se garantir ao jurisdicionado a obtenção de direitos básicos, ainda há muito a ser feito no sentido de se ampliar essas garantias.

Como bem expõe Streck, ainda há um enorme fosso existente entre o Direito e a sociedade², razão pela qual se torna pertinente o seu questionamento: “para que e para quem o Direito tem servido?”³

Almeida engrossa esta corrente, dizendo:

O Direito, como ciência social aplicada, deve transpassar da mera dogmática e alcançar a realidade, indo além da análise do problema, propondo soluções palpáveis e de aplicabilidade imediata. Esta função social urge ser incessantemente perseguida, sob pena de retrocessão na própria civilização, entendida como abandono dos instintos animais, e seguir ao encontro do estado democrático de direito prometido na Constituição.⁴

Assim sendo, em virtude do dinamismo da busca pela efetivação e maximização dos direitos sociais, necessária se faz a ampliação desses mecanismos, aplicando-os em hipóteses sobre as quais incidem os direitos massificados como, por exemplo, os direitos difusos e coletivos, posto se tratem, também de direitos sociais e fundamentais elencados no bojo da Constituição da República.

Este é, portanto, o objetivo do presente artigo: demonstrar a necessidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso em normas protetivas a direitos difusos e coletivos, para proteger o hipossuficiente.

2 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica constitucional em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

3 Ibid., p. 17.

4 ALMEIDA, Dayse Coelho. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. In: **INCLUSÃO Social**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006-mar. 2007, p. 122.

Princípio da proibição do retrocesso, conceito, características e aplicabilidade no Direito Brasileiro

A título de explanação sobre a necessidade de se ampliar de forma prática o princípio da proibição do retrocesso, é preciso, a princípio, trazer suas características e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O entrenchment, como o étimo da palavra já clarifica, configura-se no encastelamento do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico, solidificando este conteúdo no tecido social. Seu escopo é fortalecer a densidade normativa desses direitos funcionando também como elemento calatizador de legitimidade ao Estado Democrático Social de Direito.⁵ A sua finalidade é, segundo Agra “garantir eficácia ao ordenamento jurídico, dotando-o de segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e possam ter uma concretude prática”.⁶

Neste contexto tornam-se especialmente importantes as lições de Almeida, para quem:

O direito à proibição de retrocesso social consiste em importante conquista civilizatória. O conteúdo impeditivo deste princípio torna possível brechar planos políticos que enfraqueçam os direitos fundamentais. Funciona até mesmo como forma de mensuração para o controle de constitucionalidade em abstrato, favorecendo e fortalecendo o arcabouço de assistência social do Estado e as organizações envolvidas neste processo.⁷

5 AGRA, Welber de Moura. O entrenchment como condição para a efetivação dos direitos fundamentais In: TAVARES, André Ramos (Coord.) **Justiça Constitucional**. Pressupostos Teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 25.

6 Ibid., p. 25.

7 ALMEIDA, 2007, p. 22.

Para Sarlet, o ponto de partida de uma fundamentação constitucional (embora não exclusivamente dogmático-jurídica) de uma proibição de retrocesso encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado social e democrático de Direito⁸. Preleciona ainda que

A circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto é, claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa ou pelo menos é esta [...] uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas.⁹

O princípio do não retrocesso também pode assumir um aspecto negativo, no sentido de *entrenchment of discrimination*, quando decisões do Judiciário servem apenas para manter privilégios, impedindo o avanço de demandas que são anseios da maioria da população.¹⁰

O *Entrenchment* dos direitos fundamentais igualmente projeta efeitos prospectivos, ou seja, ao mesmo tempo em que defende os atos já incorporados ao patrimônio dos cidadãos, ele assegura que as próximas gerações irão da mesma forma usufruir igual prerrogativa, se possível, com maior intensidade. Sua função não é apenas impedir atos ou leis retroativas, mas assegurar a eficácia de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais para a posteridade, esconjurando o perigo de um retrocesso dos direitos sociais¹¹

8 SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais**: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingowolfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2011.

9 Ibid., p. 7.

10 AGRA, 2007, p. 26.

11 Ibid., p. 27.

A proibição do retrocesso em país no qual o sistema político não funciona a contento, devido às suas várias imperfeições, decisões provindas de órgãos como o Judiciário, o Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça podem significar um avanço para a sociedade, desde que encontrem respaldo na população.¹²

A proibição do retrocesso, portanto, pode ser reconhecida na esfera das decisões judiciais, contudo, deve estar respaldada por condições sociais, para auferir legitimidade dentro das relações de poder existentes na sociedade, sendo estas condições um requisito imprescindível à sua concretização.¹³

O entrincheiramento não se resume apenas à sua dimensão formal, no sentido de evitar a revogação de uma lei que garante determinados benefícios à população ou até mesmo do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. Funciona igualmente para obstacular o retrocesso em prestações materiais fornecidas pelos entes estatais, como por exemplo, serviços básicos como saúde e educação. Tenciona-se impedir que a qualidade das prestações oferecidas pelo Estado possa sofrer um retrocesso, mitigando o estado de bem-estar social em nome de imposições do mercado que privilegia uma minoria.¹⁴ Assim, ele não se constitui em um instrumento intangível, com um teor imodificável. Uma relativização do entrincheiramento pode ocorrer desde que o núcleo do direito fundamental, sua essência ontológica, seja respeitado.¹⁵

Sarlet ¹⁶lembra, contudo, que o princípio da proibição do retrocesso também encontra opositores ao fundamento de que se encontra, de regra, definido em nível de Carta Magna, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que diz, com as próprias decisões, liberdade esta que, no entanto, se encontra

12 AGRA, 2007, p. 29.

13 Ibid., p. 29.

14 Ibid., p. 29.

15 Ibid., p. 29.

16 SARLET, 2011, p. 19.

limitada pelo princípio da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reductionistas.¹⁷

O citado autor fundamenta tal assertiva no sentido de que essa oposição não encontra acolhimento, sob pena de se outorgar ao legislador o poder de dispor (de modo excessivamente livre) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, notadamente no que diz à sua concretização legislativa, pois no plano da mudança constitucional formal já se dispõe da proteção (igualmente não absoluta, embora reforçada) assegurada pelos limites à reforma da Constituição.¹⁸

Assim sendo, alerta-se que:

Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tornar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.¹⁹

Segundo Barroso, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”²⁰, demonstrando, assim, a sua aplicabilidade no sistema jurídico constitucional brasileiro.

Ante toda definição e aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso, necessário expor que o *entrenchment* tem sido fundamento

17 VAZ, Miguel Afonso. **Lei e reserva de lei**. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976. Porto (1992, p. 383 apud SARLET, 2011, p. 19).

18 SARLET, 2011, p.19.

19 Ibid., p. 22.

20 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal a fim de garantir direitos básicos ao cidadão.

É o que já expôs o Ministro Celso de Melo ao afirmar que o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social que ela vive.²¹

Assim sendo, a cláusula que veda o retrocesso em matéria de direito a prestações positivas do Estado (como direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g) se traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.²²

Nesta esteira, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, “Consectário de um país que ostenta uma Carta Constitucional cujo preâmbulo promete a disseminação [sic] das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, é o de que não se pode admitir sejam os direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência relegados a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.”²³ Ainda no que tange à decisão em comento, o Ministro Luiz Fux dispôs de forma clara a aplicabilidade da proibição do retrocesso ao fundamentar que:

[...] não se pugna que a isenção do IPI na aquisição seja a única e melhor forma de garantir a liberdade de movimentação às pessoas portadoras de deficiência. No entanto, enquanto o Estado não adota

21 BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Ag. no RE 639.337/SP. Rel Min. Celso de Melo. DJ: 15.09.2011.

22 BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Ag no RE 639.337/SP. Rel Min. Celso de Melo. DJ: 15.09.2011

23 BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. 567.873 MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJU, 25.02.2004.

políticas públicas de implementação desse direito, o benefício fiscal na aquisição do próprio veículo é o único paliativo posto à disposição da pessoa portadora de deficiência física para propiciar o seu básico direito de ir e vir. Dessa forma, a sua supressão, limitação ou inviabilização por norma posterior implica em indisfarçável retrocesso social.²⁴

Assim sendo, doutrina e jurisprudência têm como indisfarçável a aplicabilidade do *entrenchment* no ordenamento jurídico brasileiro.

Necessidade de ampliação do *entrenchment* para proteção dos direitos difusos e coletivos

A questão central que se coloca neste contexto específico da proibição do retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais quando for o caso) voltar atrás diz com relação à implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como os objetivos estabelecidos pelo Constituinte.²⁵

Necessário reconhecer, contudo, que a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso ainda é adstrito a direitos sociais contidos na Constituição, como expõe Welber de Moura Agra, para quem

A incidência do princípio do entrincheiramento não abrange todas as normas da Constituição, mas apenas aquelas consideradas como direitos fundamentais. Se o seu conceito perpassasse todas as normas constitucionais, o teor da discricionariedade do legislador ordinário seria fortemente mitigado, afetando um dos dogmas do regime democrático.²⁶

24 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 567.873 MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJU, 25.02.2004.

25 SARLET, 2011, p. 9.

26 AGRA, 2007, p. 26

Sarlet também aponta para essa direção, primeiro ao reconhecer que “é verdade que há, ainda, considerável espaço para controvérsia no que concerne à amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição do retrocesso social”²⁷ sendo que “tal proteção não pode assumir caráter absoluto”²⁸ e concluindo que “por isso, não há a possibilidade de adotar como absoluto o princípio da vedação do retrocesso social sob pena de resultar na procedência das críticas formuladas por seus adversários.”²⁹

Ressalte-se que o princípio da proibição do retrocesso social, segundo Carvalho, implica o reconhecimento da inconstitucionalidade não apenas quando se cuida de revogação da lei, mas também quando há uma afronta ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.³⁰ Basta lembrar aqui a possibilidade de que o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, venha a suprimir determinados conteúdos da Constituição, ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente, em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos³¹

Na esteira das lições acima, é que se busca uma devida ampliação prática do princípio da proibição do retrocesso para promover a defesa de direitos constitucionais socialmente tutelados, no intuito de que a lei infraconstitucional seja preservada em favor dos grupos hipossuficientes e vulneráveis, como é o caso dos consumidores³² e dos trabalhadores.³³

27 SARLET, op. cit., p. 23.

28 Ibid., p. 23.

29 Ibid., p. 24.

30 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional:** Teoria do Estado e da constituição. Direito constitucional Positivo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 692.

31 SARLET, 2011, p. 7-8.

32 Art. 5, XXXII CRFB - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

33 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. (grifo nosso).

A título de ampliação da aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social e, aproveitando as citações acima transcritas, deve-se reinterpretar de forma extensiva a expressão “conteúdo do direito fundamental” para alcançar os direitos sociais de massa. Assim, entende-se que tal deva ser aplicado nas ações que envolvam direito de massa, aqueles que carregam consigo a característica de direitos difusos e coletivos, legislações que sejam mais favoráveis ao consumidor, por exemplo, as que disciplinam a inversão do ônus da prova, não poderiam ser abolidas pelo legislador.

Uma situação clara de um verdadeiro retrocesso social é a brusca redução dos prazos prescricionais envolvendo contratos de seguro - em que considerável parcela dos contratantes são pessoas físicas, consumidores - reduzindo de 20 anos para apenas um ano o prazo prescricional para a cobrança³⁴, e para apenas 3 anos para cobrança de seguro obrigatório³⁵. Não há razões jurídicas nem sociais para uma redução de prazo prescricional tão brusca³⁶, o que acaba por, injustificadamente, prejudicar consumidores e uma massa albergada pelo seguro obrigatório com uma redução do tempo para a busca de seus direitos.

Ainda sob o exemplo do prazo prescricional, ao notar o absurdo da redução, o Superior Tribunal de Justiça buscou minimizar o impacto através do enunciado da súmula 278. No entanto, necessário se faz aferir até que ponto há a violação da cláusula principiológica da proibição do retrocesso social.

34 Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

35 § 3º Em três anos:

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

36 A exposição de motivos do Novo Código Civil de 2002 apenas se reserva a fundamentar sobre as terminologias da decadência e prescrição, não dando razões plausíveis para a redução desses prazos.

Com efeito, por se tratar ambas as modalidades de seguro – o contratual e o obrigatório – de institutos afetos ao direito do consumidor, um direito difuso e social, caberia a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos por grave afronta ao princípio da proibição do retrocesso.

Necessário ainda, expor que, muito embora o *entrenchment* não tenha sido mencionado de forma expressa, é certo que a defesa dos direitos sociais foi o fundamento pelo qual o Tribunal Superior do Trabalho negou a aplicabilidade da prescrição *ex officio* na Justiça do Trabalho ao expor que

De resto, não há falar, também, em aplicação da prescrição *ex officio* no processo do trabalho. A alteração procedida no art. 219 do CPC, por meio da Lei 11.280/2006, que inseriu a pronúncia da prescrição de ofício pelo juiz fere direito fundamental previsto na Constituição da República na medida em que faz com que o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, interfira na autonomia da vontade das partes, que decorre da liberdade do indivíduo garantida constitucionalmente, e no livre exercício do direito de propriedade. Além disso, a incompatibilidade com os princípios basilares do Direito do Trabalho, notadamente o princípio da proteção do trabalhador, hipossuficiente, faz de igual sorte inaplicável a prescrição de ofício na seara trabalhista.³⁷

Adiante, expõe trecho do acórdão daquele Tribunal Superior

Dois exemplos chamam atenção nesta recente ple-tora de diplomas civis e processuais civis. A pronúncia automática da prescrição pelo juiz (revogação do art. 294 do CCB/02 e novo § 5º do art. 219 do

37 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 35100-90.2008.5.04.0004. Rel. Min. Dora Maria da Costa.

CPC, conforme Lei n. 11.280/2006) e a improcedência liminar do pedido pelo Juiz em virtude de casos idênticos anteriormente julgados (novo art. 285-A do CPC, conforme Lei n. 11.277/2006).

A primeira mudança, particularmente, sequer dissimula sua clara inspiração ideológica, denotando forte influência do pensamento individualista, patrimonialista e anti-social hoje culturalmente hegemônico. Mesmo no plano do Direito Civil é regra censurável por colocar o Judiciário na catedral de defesa do devedor patrimonial, guardião de interesse privatista, restringindo fortemente a grande conquista democrática da Constituição de 1988 de ampliação do acesso ao sistema judicial.³⁸

Ademais, necessário que o princípio da proibição do retrocesso não fique limitado apenas aos atos legislativos. Deve ser aplicado também contra atos jurisdicionais que, ao interpretar de forma restritiva um dispositivo legal que regulamenta um direito social ou fundamental, acaba por exaurir ou limitar a garantia outorgada constitucionalmente. Assim, também seria, a nosso ver, inconstitucional a súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça,³⁹ posto que nega vigência ao artigo 51, IV do Código de Defesa do consumidor⁴⁰, dispositivo criado para dar garantia à defesa do consumidor, garantindo, assim, a devida aplicação prática do comando constitucional que impõe como dever do Estado a defesa do consumidor inserido no artigo 5, XXXII, da Lei Maior.

Dessa forma, se torna imperativo que o princípio da proibição do retrocesso seja aplicado de forma direta a fim de impedir que direitos

38 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 35100-90.2008.5.04.0004. Rel. Min. Dora Maria da Costa.

39 Súmula 381: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

40 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

sociais, consumeristas e difusos sejam lesionados de forma desproporcional ou irrazoada.

Considerações finais

Ficou demonstrado no corpo do presente artigo a importância e a viabilidade do instituto principiológico da vedação do retrocesso social, ou *entrenchment*. Sua aplicação já é, inclusive, reconhecida pela jurisprudência de nossa Augusta Corte, garantindo, assim, a eficácia de direitos sociais existentes no bojo da Constituição da República, amparado por doutrina de vanguarda. Entende-se que, muito embora haja razão em se negar o caráter absoluto do princípio da proibição do retrocesso, não se pode impedir a ampliação de sua aplicabilidade quando uma garantia constitucional de defesa ao socialmente vulnerável é violada em virtude de alteração da legislação infraconstitucional.

Há de se indagar: a alteração da legislação constitucional que disciplina os direitos sociais e os direitos fundamentais é razoável? É proporcional? Implica algum benefício ou contrapartida igualmente proporcional e razoável ao hipossuficiente ou ao vulnerável? Diante da negativa de qualquer dos três questionamentos acima, torna-se certa e legítima a invocação do princípio da proibição do retrocesso.

Impõe-se uma necessidade de melhor utilização do instituto principiológico, dada sua importância e seu poder de contribuição para uma ordem jurídica mais justa e equânime, assegurando ao jurisdicionado cidadão o livre acesso aos direitos - o que implica manutenção dos meios mais favoráveis e ao seu exercício - que estão definidos na *Lex Magna* e disciplinados pela legislação infraconstitucional.

Afinal, o Direito deve servir à Justiça. E deve começar a servi-la demonstrando obediência e aplicabilidade aos mandamentos da própria lei que cria.

Referências

AGRA, Welber de Moura. O entrenchment como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional**. Pressupostos Teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ALMEIDA, Dayse Coelho. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. In: INCLUSÃO Social, Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006- mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 567.873 MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJU, 25 fev.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag no RE 639.337/SP. Rel Min. Celso de Melo. DJ: 15 out. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 35100-90.2008.5.04.0004. Rel. Min. Dora Maria da Costa.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: Teoria do Estado e da constituição**. Direito constitucional positivo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais**: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/imagens/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica constitucional em crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VAZ, Miguel Afonso. **Lei e reserva de lei**: a causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976. Porto, 1992.

SISTEMA PACÍFICO DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS INTERNACIONAIS

Virgínia Lopes Rosa¹

Introdução

Os homens, pelo seu constante estado de natureza, conforme Rousseau, estão em constante choque de interesses, paixões, divergências, mais ou menos sérias, porém gerando sempre conflitos inevitáveis a serem dirimidos por seus pares. Para estes, há uma autoridade superior, investida de poder constituído, através dos tribunais, a fim de dar cabo a estas controvérsias geradas, garantindo a aplicação dos direitos previamente definidos, impondo-se sanções e reparando ofensas, a fim de se manter ou de se restabelecer a ordem social.

Igualmente os Estados estão sujeitos a toda forma de conflito, porém, diferentemente da sociedade civil, a sociedade internacional não se acha de forma tão organizada, visto não ter um órgão superior de controle eficaz para a resolução de controvérsias, fazendo-se respeitar os direitos de cada um, de forma que suas decisões se

1 Doutoranda em Direito pela Universidad Nacional Lomas de Zamora – Buenos Aires/AR; Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL/LFG; Graduada em Direito pela Unisul. Coordenadora do Curso de Direito da Unisul – unidades Norte da Ilha e Pedra Branca. Advogada. e-mail: virginia.rosa@unisul.br.

tornem obrigatórias e de aplicação a todos os Estados e organismos internacionais.

Todo Estado tem interesse que, em havendo conflito entre eles, possa resolver da forma mais amistosa possível, tendo como dever quase moral recorrer à luta armada apenas quando qualquer outro meio pacífico para a solução de controvérsia tenha naufragado.

O objetivo deste trabalho é justamente demonstrar as formas pacíficas de solução de controvérsias trazidas pelas relações e integração desenvolvidas pelas comunidades internacionais e seus alcances.

Conflito internacional

Conflito ou litígio internacional é todo *desacordo sobre certo ponto de direito ou de fato, toda contradição ou oposição de teses jurídicas ou de interesses entre dois Estados*, conforme definição dada pela Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso *Mavrommatis*, em 20 de agosto de 1924.

Conceito este bastante amplo e geral, porém, não necessariamente se caracteriza por ser sério ou mesmo explosivo, podendo se dar por mera diferença quanto ao significado ou interpretação de certa norma que expressa um tratado firmado entre dois países.

Embora na definição da Corte de Haia se estabeleça o conflito entre dois Estados soberanos, convém ressaltar que podem também ser sujeitos grupos de Estados, organizações internacionais e mesmo pessoas jurídicas e indivíduos. Nos dizeres de Hee Moon Jo conflito internacional

É todo desacordo, oposição ou divergência sobre certo ponto de direito e de fato entre os sujeitos do direito internacional. Exprime-se pela existência de uma oposição de interesses entre as partes envolvidas e pela vontade das mesmas de solucionar, de qualquer maneira, o conflito.

Estes conflitos podem ser jurídicos e políticos, distinguindo-se porque, na primeira situação, o desacordo se dá no tocante ao entendimento e aplicação do direito existente e, no segundo caso, as partes se conflitam porque uma delas pretende ver modificado este direito, conforme o entendimento de Rezek.

Na definição de um juiz do Tribunal Internacional de Justiça, J.G. Fitmaurice, citado por Roco, controversia:

Es un conflicto que se manifiesta con una reclamación de pretensión y se responde con un rechazo, una protesta u otro comportamiento contradictorio para la otra parte. Es preciso, para que exista una controversia, que al menos una de las partes formule o haya formulado – a propósito de una acción, omisión o comportamiento presente o pasado de la otra parte – una queja, pretensión o protesta cuya validez ésta impugna, rechaza, niega (expresa o implícitamente), al persistir en la acción, omisión o comportamiento incriminados, no adopta la medida o no concede la reparación deseada. ²

Sendo assim, ante a ocorrência de um conflito entre dois Estados, necessária a busca de uma solução para esta controversia, seguindo as regras de Direito Internacional.

Por muito tempo a guerra constitui-se em uma solução legítima para resolução do problema entre os Estados, porém, com a necessidade e interesse cada vez maior da integração entre os países, esta somente está sendo adotada quando as demais formas pacíficas de solução de controvérsias não têm êxito, sendo o que se verá a seguir.

2 ROCO, Dante Scaglione. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Estudio, 2008, p. 101.

Solução de controvérsias

Nas relações internacionais, seja de fato, político ou de direito, entre os Estados, fator inevitável é a divergência de interesses ou mesmo de opiniões, motivo de grandes conflitos armados no mundo ao longo dos séculos.

Talvez este, seja o grande obstáculo a ser perseguido pelo Direito Internacional, a solução internacional das controvérsias entre os Estados, sem que se chegue a grandes guerras.

É natural que com o desenvolvimento dos processos de integração entre os países, haja um maior conflito, porém a grande questão a ser superada será a forma e os meios de se resolverem estes conflitos.

É claro que para que Estados se unam tem que haver objetivos e interesses comuns, não excluindo, por consequência, os interesses nacionais ou divergentes.

É neste sentido, que surge o sistema de solução de controvérsias para regular e equilibrar o conflito existente, mantendo o vínculo associativo que um dia uniu os Estados a se integrarem. Este conflito é encarado como algo normal dentro desta relação estatal de interesses que deve ser dirimida eficazmente.

Segundo Pizzolo,

Ahora bien, reconocida la necesidad de contar con un eficaz sistema de solución de controversias, existen *dos formas primarias* de imponerlo. Una por el camino de *la fuerza*, es decir – por ejemplo – pretender una solución apelando a la guerra o amenaza de guerra de una o más partes hacia el resto de las partes en conflicto. Otra, mediante un sistema pacífico de solución de controversias apoyado en *la negociación y el consenso*.³

3 PIZZOLO, Calogero. **Sistema de solución de controversias**. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 17.

O uso de meios pacíficos para a solução de controvérsias se tornou sistema obrigatório dentro da ONU, visto que em sua Carta, no art. 2.4, ficou expressamente proibido o uso da força, com exceção apenas na legítima defesa, recomendando todos os Estados-membros a *resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais* (art. 2.3). Seu objetivo principal é a manutenção da paz e a segurança internacionais.

Assim, como forma de compreender os princípios trazidos pela ONU que vieram nortear as relações internacionais, significando grande passo no fortalecimento dos mecanismos de solução pacífica de controvérsias, passa-se a explicitá-los, antes de adentrarmos nos meios pacíficos propostos na própria Carta.

Princípios de Direito Internacional

A declaração sobre os princípios do Direito Internacional referentes à relação de amizade e cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, ditada pela Assembleia Geral da ONU, em 24 de outubro de 1970, reconhecida expressamente como tal pela Resolução n. 2.625 (XXV) determinaram como grandes princípios do Direito Internacional o não uso da força; a solução pacífica de controvérsias internacionais (este já citado acima); a não intervenção; a cooperação; a igualdade de direitos e livre determinação dos povos; a igualdade soberana dos Estados e a boa fé em cumprimento das obrigações internacionais, o que passaremos a desenvolver.

Princípio do não uso da força

Princípio fundamental para o ordenamento jurídico de qualquer comunidade, estabelecendo o uso legal e ilegal da força.

O princípio do não uso da força está elencado no artigo 2º da Carta da ONU, sendo de extrema importância para se estabelecer a distinção entre o uso legal ou ilegal da força pelos Estados. Convém esclarecer que a força aqui referida é a força armada que um Estado pode se

utilizar contra outro e não a agressão econômica ou mesmo a pressão política, o que caracterizaria intervenção. Outro fator é que este uso é realizado através do Conselho de Segurança, diante das suas funções elencadas na Carta.

Há, no entanto, duas exceções a este princípio: a ameaça coletiva e a legítima defesa, tendo como requisitos para sua caracterização a necessidade de agressão armada atual ou iminente; o revide proporcional ao ataque; que tal fato deve ser imediatamente comunicado ao Conselho de Segurança e a limitação da resposta até que o Conselho tome as medidas necessárias.

Primeiro problema que surge com estes requisitos é a conceituação do termo agressão, visto que não foi feita nenhuma definição e sim, muitos anos após, a realização de uma lista de atos assim qualificados pela Assembleia Geral, não sendo esta, porém, exaustiva e sim exemplificativa, visto que apenas menciona o emprego de força armada que, em sentido técnico, seria um ataque bélico de certa magnitude e intensidade, como bombardeios, bloqueios, violações do território etc., deixando de lado, nesta conceituação, os próprios atos de terrorismo propriamente ditos.

Convém frisar que a legítima defesa, como ato de exceção que é, permite o uso legal da força somente quando o Estado está sendo atacado e a autoridade central não pode assegurar sua defesa de forma rápida e eficiente, sendo a única forma de auto proteção do ente governamental, com o único objetivo de repelir o ataque, devendo terminar quando a agressão foi cessada e, nas palavras de Barboza: “el castigo del atacante no puede constituir, en manera alguna, un elemento de la defensa⁴”. A possibilidade de defesa está prevista no artigo 51 da Carta das Nações Unidas que assim dispõe:

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho

4 BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 251.

de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais. ⁵

Portanto, caracteriza-se como uma medida temporária, utilizada apenas no caso de agressão armada efetuada por outro Estado ou por autoridades legítimas que o representem e onde o Conselho de Segurança não tenha adotado medidas necessárias para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacional.

Denota-se, portanto, que deve ser uma medida subsidiária, provisória e controlada.

A proibição do uso ou ameaça da força constitui, hoje em dia, segundo Barboza, uma norma *jus cogens*:

Hay a este respecto dos posiciones doctrinarias, una que considera que la norma de *jus cogens* cubre cualquier uso de la fuerza; otra que la limita sólo a los usos de la fuerza que configuran un ataque armado. Como veremos, el DIP asigna diferentes consecuencias jurídicas al uso mayor de la fuerza (que caracteriza como ataque armado, esto es, un ataque de cierta magnitud) y a los usos de menores, como podría ser un incidente fronterizo u otro uso de la fuerza de menor cuantía”. ⁶

5 ONU. Carta das Nações Unidas – ONU, 1945.

6 BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 240

No século XX e com a Carta da ONU, se inicia um movimento, cada vez maior, de fortalecimento dos mecanismos de solução pacífica de controvérsias, obrigando-se os Estados a deixar de “lado” o uso da força.

Princípio da não intervenção

Os Estados que formam a comunidade internacional são soberanos e iguais, logo, em suas relações recíprocas, não podem exercer autoridade sobre o outro, dentro de sua jurisdição, em seus assuntos internos e externos para impor-lhe determinado comportamento.

A não intervenção vem sendo largamente empregada como princípio em matéria de Direito Internacional. Quem talvez melhor defina este conceito é a própria CARTA DA OEA, que em ser art. 19 enuncia:

Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem.⁷

Tal princípio, da não intervenção, supõe o direito de todo Estado soberano de conduzir seus assuntos sem interferência exterior, sendo reconhecido pela Corte Internacional de Justiça, inclusive, como parte de direito internacional consuetudinário, como também da igualdade soberana dos Estados.

⁷ CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, CONSELHO PERMANENTE OEA/Ser.G, CP/INF.3964/96 rev. 1, 6 out. 1997, Original: espanhol.

A mesma Corte se encarregou de delimitar o alcance do princípio, pois, conforme Barboza:

La intervención prohibida debe, pues, recaer sobre materias respecto de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir libremente. Ello ocurre con la elección del sistema político, económico, social y cultural y con la formulación de la política exterior. *La intervención es lícita cuando utiliza medios de coerción respecto a esas elecciones*, que deben permanecer libres. Este elemento de coerción, constitutivo de la intervención prohibida y que forma parte de su propia esencia, es particularmente evidente en el caso de una intervención que utiliza la fuerza, bien bajo la forma directa de una acción militar, bien bajo la forma indirecta de apoyo a actividades armadas subversivas o terroristas en el interior de otro Estado.⁸

Conclui trazendo alguns apontamentos, onde a intervenção tem lugar quando se refere aqueles assuntos em que o Estado está autorizado a eleger livremente sua conduta, pelo direito das gentes, como o sistema político, econômico, social ou cultural, bem como a formulação de sua política exterior. Caso haja violação de direitos humanos fundamentais da população, esta política não terá legitimidade, justificando-se a intervenção, ainda que seja necessário o uso da força armada.

Princípio da igualdade soberana dos Estados

A igualdade dos Estados é consequência de sua soberania. Como dito acima, os Estados são iguais porque são soberanos e isto também vem significar independência.

⁸ BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 319-320.

Porém, esta soberania encontra limitações quando em âmbito internacional, ante a coexistência de outros iguais que reclamam para si os mesmos direitos que se pretende o soberano.

Esta igualdade soberana entre os Estados está consagrada no artigo 2.1 da Carta das Nações Unidas que diz “*a Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros*”.

A igualdade jurídica dos Estados implica na não discriminação de alguns frente a normas gerais, porém não se deve dizer que todos devem ser tratados da mesma forma, visto ter uma igualdade formal e uma desigualdade real.

Princípio da livre determinação dos povos

Também conhecido como princípio da autodeterminação dos povos é aquele que garante o direito de se autogovernar e de escolher seu próprio destino sem a interferência externa, visando desenvolver relações amistosas entre as nações e o fortalecimento da paz mundial.

Esta noção de livre determinação dos povos é relativamente moderna, tendo por fundamento na Resolução 1514 (XX), de 1960, onde a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu as bases desse direito, trazendo em seu artigo segundo que todos os povos têm o direito da livre determinação e, em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Esta mesma resolução estabelece que qualquer intento no sentido de romper a unidade nacional ou a integridade territorial de um país é incompatível com os princípios e fundamentos da Carta das Nações Unidas.

Por ser utilizado constantemente nas Nações Unidas, quando de sua opinião consultiva, já se transformou em uma norma consuetudinária, por ir mais além que os próprios dizeres da Carta, conforme esboçado por Barboza.

Principio da boa-fé

Este princípio está mencionado no artigo 2.2 da Carta da ONU e nos artigos 26 e 31 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, além de diversos outros.

Tem como corolário a obrigatoriedade nas relações internacionais serem cumpridas de boa fé por todos os Estados.

Zoller, citada por Barboza, diz que a boa fé *es más bien un principio moral o un precepto tan general que no puede tener efectividad jurídica que en la medida en que se le dé una forma jurídica eficiente. El derecho internacional no gobierna estados de ánimo, que no pueden ser útilmente captados sino en comportamientos objetivos.*⁹

O que se percebe é que o seu conteúdo é de difícil definição, vez tratar-se de aspecto subjetivo da apreciação dos Estados.

Para Rosado a boa fé “é um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença”.¹⁰

Como visto, embora se constitua em termo de conteúdo vago, ante a subjetividade dos Estados, isto não é óbice para que seja utilizada no Direito Internacional e ser reconhecido como princípio geral das relações daí decorrentes.

9 BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 330.

10 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de, MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Cláusulas abusivas no código do consumidor**. Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994, p. 13-32.

Meios pacíficos de solução de controvérsias

Com a finalidade de se manter os objetivos perseguidos, o art. 33.1, traz a lista dos métodos de solução pacífica entre os Estados, quando houver uma controvérsia que possa constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, a saber: *negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer meio pacífico à sua escolha.*

De acordo com o elencado na Carta, os métodos para resolução dos conflitos pode se dar por meios diplomáticos: como a negociação diplomática – bilateral e multilateral, o inquérito, a mediação, a conciliação e os bons ofícios; meios legais ou judiciais de solução de disputas, como arbitragem e decisão judicial e meios políticos das organizações internacionais, como ONU e OEA que possuem tanto meio de soluções pacíficas como militares.

Nos dizeres de Barboza os sistemas pacíficos de resolução das controvérsias têm duas características:

La primera, es que se trata de una obligación general, impuesta por el derecho internacional moderno, por la cual los estados deben arreglar sus controversias por medios pacíficos y según algunos autores que dicha obligación procede de una norma de *jus cogens*.

La segunda es que los Estados conservan una amplia libertad en la elección del medio que emplearan para solucionar sus diferencias.¹¹

Disto denota-se que os Estados se obrigam a buscar uma solução pacífica, buscando qualquer meio que não seja o uso da força, utilizando-se os meios elencados no artigo 33 ou qualquer outro meio pacífico de sua eleição. Não há, entre eles, uma hierarquia ou escalonamento, todos se constituem um caminho facultativo às partes,

11 BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 289-290.

ficando a escolha a cargo dos Estados, conforme a natureza do conflito e a preferência dos envolvidos. Não sendo operante uma via, podem os Estados irem na busca de outra.

Meios diplomáticos

Esta via, diplomática, de resolução de controvérsias, visa acordar as partes conflituosas através da negociação, bons ofícios, mediação, inquérito ou conciliação.

Negociação

No caso da negociação, esta se resolve entre os Estados, sem que terceiros intervenham em qualquer momento. O entendimento é direto, sem intermediador, podendo ser oral ou através de troca de notas entre a missão diplomática e o Ministério das Relações Exteriores local ou, ainda, entre os altos funcionários dos dois governos, podendo ser os próprios Ministros das Relações Exteriores, dependendo da gravidade do caso.

Tem por termo quando as partes mutuamente cheguem a um consenso de suas pretensões ou quando uma delas reconheça a validade das razões da outra, conforme Rezek.

De acordo com Nascimento e Silva, esta é a forma mais usual e de melhores resultados, constituindo-se na negociação direta entre as partes. “Como resultado das negociações, poderá ocorrer a renúncia de um dos governos ao direito que pretendia; ou o reconhecimento por ele das pretensões do outro. Num caso, temos a *desistência*; no outro, a *aquiescência*. Pode, ainda ocorrer a *transação*, quando ocorrem concessões recíprocas.”¹²

12 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 440.

Bons ofícios e mediação

Esta forma de solução diplomática de controvérsias ocorre quando um terceiro que pode ser um Estado, uma personalidade internacional ou mesmo um representante de um organismo internacional, entra na negociação, como forma amistosa para os Estados litigantes poderem chegar a um acordo. O próprio terceiro pode se oferecer para ajudar os litigantes a chegar a uma harmonização ou pode ser solicitado por um deles ou por ambos. Esta solução diplomática pode dar-se na forma de bons ofícios ou mediação.

No caso de bons ofícios, o terceiro não propõe solução ao conflito. Segundo Rezek, ele sequer toma conhecimento das razões de uma ou outra parte, apenas limita-se a aproximá-las, proporcionando um campo neutro para que a negociação aconteça, visto ter se *convencido que a desconfiança ou o ressentimento reinantes impedirão o diálogo espontâneo entre os Estados contendores*.¹³

O objetivo da terceira parte, que é neutra, é reabrir as negociações que foram interrompidas e, quando isto se reinicia, sua função termina. Não há participação direta nas negociações, logo, não propõe soluções para a controvérsia.

Alguns casos conhecidos de bons ofícios, citados por Nascimento e Silva:

Do governo português, em 1864, para o restabelecimento das relações diplomáticas entre Brasil e a Grã-Bretanha, rotas em consequência da questão Christie; os do mesmo governo, em 1895, para a solução da questão da ilha da Trindade, entre o Brasil e Grã-Bretanha; os do Presidente Theodore Roosevelt, dos Estados Unidos da América, em 1905, para a conclusão da guerra entre o Japão e a Rússia, dentre outros.¹⁴

13 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 332.

14 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 441.

Barboza também traz um exemplo de procedimento de intervenção de terceiro quando:

Los cónsules norteamericanos Thomas A. Osborn y Thomas O. Osborn, que así se llamaban los que cumplían funciones en Buenos Aires y en Santiago, en la redacción del Tratado de 1881 entre ambos países, que estableció los límites entre la Argentina y Chile y al hacerlo solucionó el conflicto mayor sobre la Patagonia. Como no había relaciones diplomáticas entre los dos países, los cónsules hicieron de medio transmisor de propuestas y contrapropuestas a través de telegramas. Normalmente, sin embargo, el que cumple buenos oficios se limita a poner las partes en contacto y se retira de la escena.¹⁵

Já no caso da mediação, o intermediador é mais ativo, tomando parte nas negociações, podendo sugerir termos de solução para composição do conflito. Por isso, se diz que, neste caso, o mediador deve ser da confiança de ambas as partes envolvidas.

Portanto, nesta situação, o mediador não atua apenas instrumentalmente aproximando as partes, mas toma conhecimento das razões de cada um dos litigantes no conflito para, então, lhes propor uma solução. É quase o conselheiro que, após ouvir ambas as partes, sopesando o que seria bom para todos, sugere uma saída amigável.

Nos termos de Jo:

A mediação é o ato pelo qual um ou vários Estados, seja a pedido das partes em litígio, seja por sua própria iniciativa, aceitam livremente, seja por consequência de estipulações anteriores ou não, servir de intermediários oficiais de uma negociação, com a finalidade de resolver pacificamente um litígio surgido entre dois ou mais Estados. A terceira

15 BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 293-294.

parte é chamada para assistir as partes em conflito a solucionar a disputa através de uma negociação dirigida por ela mesma.”¹⁶

O mesmo autor cita o caso entre Argentina e Chile sobre a implementação do laudo Beagle Canal (1978), quando ambas as partes aceitaram o Cardeal Antônio Samoré, proposto pelo Papa, para medir o conflito existente.

Interessante esclarecer que, o parecer dado ou a proposta feita pelo mediador, não é de cunho obrigatório, só tendo êxito se ambos os contentores entenderem que a proposta é viável e satisfatória, decidindo por agir em conformidade.

Por contar com a confiança de ambos os Estados, não existe mediação à revelia. Assim como nos bons ofícios, a mediação pode ser oferecida por um terceiro, sem que isso se constitua intromissão indevida, ou mesmo solicitada pelas partes. A recusa de prestar a mediação ou de aceitá-la é lícita.

Uma vez instalada a mediação, significa que os litigantes depositaram confiança no mediador, expondo-lhe suas razões, argumentos e provas da controvérsia, ouvindo com boa vontade, em contrapartida, o parecer entregue é a forma de solucionar a lide.

Para Rezek

*O mediador, quando não seja nominalmente um sujeito de direito das gentes – o Estado X, a organização internacional Y -, será no mínimo um estadista, uma pessoa no exercício de elevada função pública, cuja individualidade seja indissociável da pessoa jurídica internacional por ele representada.*¹⁷

16 JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 505.

17 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 334.

Mais à frente lembra que *diversamente do que sucede vez por outra com o árbitro, o mediador nunca é escolhido em função exclusiva de seus talentos singulares, e à margem de qualquer vínculo com Estado soberano ou organização internacional.*¹⁸

Portanto, a grande diferença entre a mediação e os bons ofícios é que naquele há a participação direta do terceiro para a composição da controvérsia, trazendo a solução que pode ser aceita ou não pelos litigantes, sendo, portanto, ato essencialmente amistoso, ao passo que na intervenção há a imposição de vontade, coação.

Nos dizeres de Roco *tanto la mediación como los buenos oficios pueden realizarse tanto para prevenir una guerra como para darle o buscarle una solución.*¹⁹

Por fim, merece destaque ao Tratado Interamericano sobre esses dois métodos de solução pacífica de controvérsias, assinado em Buenos Aires, em 23 de dezembro de 1936, por iniciativa da delegação brasileira à Conferência Interamericana de Consolidação da Paz. Este ato trouxe uma lista de cidadãos, designados por cada governo contratante, escolhidos por suas virtudes e saber jurídico, onde as partes litigantes poderiam recorrer para solução de suas contendas, quando não pudessem ser resolvidas pelos meios diplomáticos usuais.

Ainda devem ser destacados os artigos 36 e 38 da Carta das Nações Unidas, visto ter o Conselho de Segurança função mediadora, tanto como recomendação de métodos ou condições que parecem apropriados para a solução do litígio, como também por ação de iniciativa própria.

18 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 334.

19 ROCO, Dante Scaglione. **Derecho internacional público.** 2. ed. Buenos Aires: Estudio, 2008, p. 102.

Inquérito

Caracteriza-se por um procedimento preliminar para se estabelecer antecipadamente a materialidade dos fatos. Vai investigar quais as características reais do conflito, sendo a análise objetiva, feita por um investigador imparcial.

Os Estados em conflito podem acordar pela designação de uma entidade imparcial, integradas por representantes das partes e investigadores neutros, com o objetivo de produzir uma pesquisa imparcial sobre os fatos em disputa, preparando, com isso, o caminho para uma resolução negociada, segundo Jo.

Estas comissões não têm o condão de apontar culpados, nem mesmo propor soluções, mas tão somente investigar fatos ainda ilícitos, como meio de reduzir as tensões na área de desacordo das partes. Embora não sejam obrigados a acatar as conclusões do inquérito, as partes normalmente as fazem voluntariamente, dispensando qualquer outro procedimento subsequente.

Foi isto o que aconteceu no incidente naval, ocorrido em 1904, quando a frota russa confundiu um navio pesqueiro inglês com navios de guerra japoneses, os atacando. Tal fato foi objeto de análise por uma comissão presidida pelo almirante Fournier, da Marinha Francesa, onde demonstrou a responsabilidade da Marinha Russa, de tal modo que espontaneamente indenizaram o tesouro britânico.

Tal incidente veio a se tornar um marco para o reconhecimento do uso do inquérito, como um bom encaminhamento de solução de conflitos, onde haja fatos a serem dirimidos. Conforme nos relata Barboza, *concebido originalmente en la primera Conferencia de La Haya (1899), fue perfeccionado en la segunda Conferencia (1907) en vista de su aplicación al caso del Dogger Bank entre Gran Bretaña y Russia en 1904. La Convención resultante regló el funcionamiento de este tipo de comisiones.*²⁰

20 BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 294.

Por meio da Resolução 46/59, a Assembléia Geral das Nações Unidas recomendou o uso deste método de resolução para prevenção de conflitos aos órgãos encarregados da manutenção da paz e segurança internacionais.

Conciliação

Muitos autores consideram a conciliação como uma combinação de inquérito com e mediação, visto tratar-se de controvérsia de fatos, onde um terceiro, que será uma comissão de conciliação, virá intervir para trazer uma proposta e dar fim ao conflito, baseada em regras do direito internacional.

Esta comissão, e agora não apenas um indivíduo, geralmente já prevista no tratado assinado pelos Estados-partes, funciona como um tribunal internacional, vez que ouvirá cada uma das partes envolvidas para após dar sua recomendação, deixando as partes à vontade para decidirem se devem aceitar ou não, já que não tem cunho obrigatório.

Tal comissão é composta, na prática, por um ou dois de seus nacionais e convencionam sobre um certo número de nacionais independentes, oriundos de outros Estados, porém sempre em um total ímpar. As decisões são por maioria e chama-se de relatório.

Caso a proposta entregue pela comissão não venha a ser aceita pelos Estados, esta é desfeita, não havendo mais obrigações com as partes, no tocante à conciliação.

Segundo Jo:

Um fator essencial para o sucesso da conciliação é manter a *confidencialidade* do processo, uma característica importante quando se lida com governos independentes. A conciliação é mais formal e menos flexível que a mediação. Assim, se as propostas do mediador não são aceitas, ele pode continuar a formular novas propostas, enquanto o conciliador costuma apenas emitir uma única informação. Porém, o conciliador costuma

manter conversações com cada uma das partes, tentando encontrar pontos de acordo, antes de emitir uma informação definitiva.²¹

A conciliação é considerada como uma fase anterior à arbitragem ou ao processo judiciário, embora não obrigatório.

Conforme explicita Roco,

*Si las partes no se ponen de acuerdo en la solución de una controversia sobre Tratados pueden llamar la atención al Secretario General de la ONU; no es necesario el pedido de ambas as partes; basta una de ellas para poner en funcionamiento la conciliación internacional.*²²

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) e a Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar (1982), recomendam, para a solução de suas controvérsias, o uso da conciliação, chegando a disciplinar, inclusive, o procedimento a ser adotado.

A conciliação é o meio mais utilizado pelos tratados e convênios multilaterais, chegando a estabelecer, em alguns casos, a sua obrigatoriedade, ainda que suas decisões não sejam vinculantes.

Meios Políticos

As organizações internacionais podem exercer suas funções, a fim de solucionar os conflitos internacionais.

Os meios de solução, visando eliminar a ameaça à paz ou para recuperá-la, podem ser pacíficos ou coercitivos, sendo aqueles por via política ou via judiciária.

21 JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 507.

22 ROCO, Dante Scaglione. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Estudio, 2008, p. 102.

Tanto a Assembléia Geral quanto o Conselho de Segurança das Nações Unidas podem ser utilizadas como instâncias políticas de soluções de controvérsias internacionais, porém em conflitos considerados de certa gravidade e que se constituam em uma ameaça ao clima de paz.

Nestas situações, a interferência destes órgãos pode ocorrer à revelia de uma das partes litigantes, quando apenas uma toma a iniciativa de levar o conflito a Assembléia ou ao Conselho, caso em que o Secretário Geral das Organizações ou o terceiro Estado dela integrante traga o conflito à mesa de debates. A Carta das Nações Unidas faculta as partes litigantes ou a terceiro, portanto, qualquer de seus dois órgãos políticos para solucionar pacificamente situações internacionais graves.

Porém, nos dizeres de Rezek:

A prática revela que o Conselho de Segurança merece a preferência dos reclamantes, não porque seja menos retórico que a Assembléia, mas por estar permanentemente acessível – ao passo que a Assembléia se reúne apenas durante certo período do ano -, e por contar com meios eficazes de ação, caso decida agir. Com efeito, se é certo que ambos os órgãos têm competência para investigar e discutir situações conflituosas, bem como para expedir *recomendações* a respeito, certo também é que em caso de ameaça à paz só o Conselho tem o poder de agir preventiva ou corretivamente, valendo-se até mesmo da força militar que os membros das Nações Unidas mantêm à sua disposição.²³

Embora totalmente possível se recorrer ao Conselho de Segurança, difícil é a conjugação favorável das forças políticas que o compõem, principalmente as que detêm o poder de veto.

Em razão disto, muitas vezes, outros organismos internacionais tomam à frente nas negociações, deixando a credibilidade da ONU

23 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 337.

abalada, como guardiã da paz e da segurança coletivas, como no caso da crise no Kosovo, em 1999, quando a OTAN chamou a autoridade para si, o que não tinha, em razão da falta de consenso no Conselho da ONU e sua consequência inércia.

As limitações do Conselho não se resumem apenas no consenso de seus membros, mas também ao que está determinado no art. 2.7 da Carta que diz *em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado* a interferência da ONU ficará frustrada.

Ademais, há o entendimento de que assim como nos meios diplomáticos, os meios políticos não apresentam qualquer vinculação obrigatória para as partes em conflito. Assim, a desobediência de uma recomendação da Assembléia Geral ou do Conselho de Segurança da ONU não configura um ato ilícito, diversamente se proveniente de uma sentença arbitral ou judicial.

Convém lembrar também que a Carta da ONU contém três artigos que falam sobre o sistema de cooperações regionais, de forma a complementar o sistema da ONU.

Neste sentido, os assuntos referentes à manutenção da paz e a segurança internacionais podem ser solucionados pelos sistemas regionais, aliás, recomenda-se antes de procurar a ONU que se tente pacificamente resolver seus conflitos, via este sistema.

Como exemplo de organizações regionais análogos aos das Nações Unidas para a solução pacífica de litígios de seus integrantes, podemos citar a Liga dos Estados Árabes (1945) e a Organização dos Estados Americanos (1951) que apresentam conselhos permanentes, compostos de representação de todos os países membros e de prontidão para solucionar politicamente o conflito regional, antes que as partes resolvessem buscar amparo na ONU.

Porém, importante ressaltar, no tocante a estes organismos regionais, como traz Rezek, que:

Esses mecanismos não operam sobre o conflito que oponha um membro da entidade regional a um Estado que lhe seja estranho. Assim, não foi ao Conselho da OEA, mas ao Conselho de Segurança

da ONU que se dirigiu diretamente a Argentina quando reclamou contra Israel, em 1960, após a violação de sua soberania territorial representada pelo seqüestro de Adolf Eichmann. Da mesma forma os diversos incidentes envolvendo Cuba e outra nação do continente, a partir de 1962, tiveram por foro politicamente imediato o Conselho de Segurança, visto que Cuba quedara excluída da organização regional por voto majoritário de seus restantes membros.²⁴

O doutrinador continua explicando que de acordo com o previsto em suas legislações, as decisões, recomendações e propostas vindas do conselho permanente da OEA e da Liga Árabe não são obrigatórias, exceto quando a lide tenha sido trazida por ambas as partes e a matéria não afete sua soberania, independência ou integridade territorial.

Meios Jurisdicionais

Como forma de solucionar suas controvérsias, os Estados também podem recorrer aos órgãos jurisdicionais, constituídos de juízes ou árbitros.

Uma vez recorrentes a este tipo de solução pacífica, as partes se vêem obrigadas a cumprir o laudo arbitral ou a decisão judicial decorrente, visto esta obrigação estar prevista em um tratado prévio que ambos celebraram, determinando, inclusive, a competência do árbitro e do tribunal judicial. Caso as partes não acatem as decisões judiciais ou arbitrais, incorrem em responsabilidade internacional, conforme assinala Barboza.

Assim, há duas formas jurisdicionais propostas: a arbitragem e a decisão judicial, ambas com jurisdição que, nada mais é do que o foro independente e especializado para decidir sobre os litígios das partes,

24 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 339.

à luz do direito vigente, sendo suas decisões de caráter obrigatório que vinculam os envolvidos.

A arbitragem é entendida como um mecanismo jurisdicional, porém não judiciário, visto não possuir permanência e pessoas profissionais para tal.

Muito acertadamente, Rezek faz a distinção entre o juiz e o árbitro, dizendo que:

O juiz é um especialista, é independente, decide à base do direito aplicável e as suas decisões têm força compulsória; mas além de tudo isso o juiz é um profissional: sua atividade é constante no interior de um foro aberto, a toda hora, à demanda que possa surgir entre dois indivíduos ou instituições. O árbitro não tem esta última característica: ele é escolhido *ad hoc* pelas partes litigantes, que, já em presença do conflito, vestem-no da função jurisdicional para o fim transitório e único de decidir aquela exata matéria. Contudo, embora assim de modo avulso, sem profissionalidade, ele é, por breve tempo, e no que diz respeito ao litígio confiado à sua arbitragem, um verdadeiro juiz: não lhe incumbe apenas serenar os ânimos e promover temporizações políticas, mas fazer primar o bom direito; e o produto de seu trabalho não é um laudo, um parecer, uma recomendação ou uma proposta, mas uma sentença obrigatória.²⁵

Assim a grande diferença entre estes dois institutos de resolução de controvérsias está em que enquanto um é provisório, escolhido pelas partes, para cada caso, determinando-se a competência e seu procedimento, desfazendo-se quando da solução entregue, o outro é permanente, com juízes já designados pelo próprio tribunal, não sendo de escolha das partes, portanto, tendo um procedimento também já

25 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 340.

existente e de competência pré determinada, conforme a matéria que verse a controvérsia.

A Corte Internacional de Justiça é o órgão e instância judicial mais importante das Nações Unidas, havendo, também um tribunal próprio para decidir sobre as questões do direito do mar, com sede em Hamburgo.

Ficará a critério das partes o uso da arbitragem ou das decisões judiciais, dependendo das circunstâncias e das relações internacionais envolvidas no caso concreto, sendo o que se verá a seguir.

Arbitragem

Para Nascimento e Silva, a arbitragem pode ser definida como

*Meio de solução pacífica de controvérsias entre Estados por uma ou mais pessoas livremente escolhidas pelas partes, geralmente através de um compromisso arbitral que estabelece as normas a serem seguidas e onde as partes contratantes aceitam, de antemão, a decisão a ser adotada.*²⁶

Traz como principais características da arbitragem: o acordo de vontade das partes para a fixação do objeto do litígio e o seu pedido de solução para um ou mais árbitros; a livre escolha destes e a obrigatoriedade da decisão.

Importante lembrar que enquanto na mediação a decisão não é vinculativa e o mediador é um simples conselheiro, na arbitragem esta é obrigatória e o árbitro tem o papel de juiz.

A entrega do documento que versará sobre o tema do litígio, definição dos árbitros, forma de procedimento e promessa formal de aceitação e execução da sentença arbitral, dá-se o nome de compromisso.

²⁶ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 454.

O processo arbitral ocorre em sigilo e, compreendendo, em geral, uma parte oral e outra escrita. Os debates orais só serão públicos se as partes assim desejarem, de comum acordo.

Nos procedimentos menos complexos e mais técnicos foi instituído um procedimento sumário que, diferente do ordinário, é mais simples, ágil e menos dispendioso, onde tudo é feito por escrito.

Para Barboza:

La instrucción comprende la presentación por las partes de memorias y contramemorias, y en su caso de réplicas y dúplicas. En las audiencias orales los abogados e los agentes de las partes discuten la cuestión planteada y examinan y analizan la prueba presentada. Los medios de prueba más utilizados son la prueba documental, testimonial, pericial, dictámenes de expertos, etc. El procedimiento, principalmente el de los tribunales arbitrales es normalmente flexible y poco formal [...].²⁷

Como dito antes, a escolha dos árbitros é de livre escolha das partes, podendo ser constituído, inclusive, por apenas um.

Normalmente é constituído por um tribunal *ad hoc*, composto por árbitros indicados pelas partes, em número igual e, estes, escolhem um superárbitro, como forma de desempate. Caso isso não seja possível, a designação deste é feita por uma terceira potência, ou a um tribunal, ou ao presidente de um tribunal.

Segundo Roco, *esta institución se desarrolló en la Convención de La Haya sobre la Solución Pacífica de Controversias Internacionales y recoge la práctica hecha por los Estados. Crea al efecto la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.*²⁸

27 BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 300.

28 ROCO, Dante Scaglione. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Estudio, 2008, p. 103.

Diferentemente do que se imagina, a Corte de Arbitragem não é propriamente um tribunal e não funciona permanentemente, embora tenha isto em seu nome, dando a possibilidade das partes recorrerem a qualquer instante. Apenas constitui-se em uma lista de nomes, em que as partes escolherão aqueles que lhe convém para serem seus árbitros. Essa lista, enviada para a secretaria da Corte, é atualizada pelos Estados que enviam até quatro nomes de pessoas com competência em matéria de direito internacional e que se acham à disposição para aceitar o *mister* que possa ser lhes atribuído. Estes têm o título de membros ou juízes da Corte Permanente de Arbitragem.

Único setor realmente permanente é a secretaria da Corte, constituindo-se órgão responsável pelos atos administrativos e de todas as comunicações relativas à Corte.

A forma de se recorrer para a Corte Permanente de Arbitragem está indicada nas Convenções de Haia de 1899 e 1907.

As deliberações do tribunal serão a portas fechadas e a decisão será por maioria de votos dos seus membros, ao que se chama *laudo arbitral*, fundada em direito, como uma sentença judicial.

A sentença arbitral tem força obrigatória entre as partes, portanto vinculante e de efeitos da coisa julgada somente para este caso, independente de estar escrito no compromisso arbitral, visto ser princípio corrente que as partes que a ela recorrem para solução de suas controvérsias a ela se obrigam.

Porém, como não há como executar a decisão, visto não haver órgão responsável por este procedimento, já que quando da entrega do *laudo arbitral* o tribunal se desfaz, o cumprimento do pactuado na decisão será cumprido pelas partes por mera presunção de boa fé quando da assinatura do compromisso arbitral.

É dizer que, as partes já sabendo da falta de órgão executor, se obrigam a cumprir o estabelecido no *laudo arbitral* quando da escolha deste meio de resolução de controvérsia, garantindo a boa fé que demonstraram naquela oportunidade. Deixar de cumpri-la significa incorrer em ato ilícito.

Assim, em última análise, esse fundamento se assenta sobre o princípio *pacta sunt servanda*, conforme esclarece Rezek.

A sentença arbitral é definitiva, não cabendo, portanto, qualquer tipo de recurso. A instância é única, não existindo um tribunal para revisão das decisões arbitrais.

Como dito, os próprios árbitros se desincumbem do encargo jurisdicional assumidos *ad hoc* quando da entrega jurisdicional. Porém, se as partes assim desejarem podem solicitar que alguns esclarecimentos sejam feitos quando haja ambigüidade, omissão ou contradição existente na sentença. Isto tem sido conhecido como pedido de interpretação.

Segundo Barboza, tal pedido ocorre quando haja controvérsias quanto a interpretação ou o alcance do laudo, sendo tal medida utilizada, em duas ocasiões pela Argentina e Chile, a fim de dirimir dúvidas na demarcação da fronteira no *Río Encuentro* e na *Laguna del desierto*.

O mesmo autor ainda admite a possibilidade de revisão da decisão quando uma das partes alega um fato novo ocorrido depois da entrega do laudo arbitral, o qual somente tomou conhecimento depois da entrega do laudo, porém ocorrido antes da realização deste e que mudaria toda a sentença se conhecido em tempo. Este fato realmente deve ser desconhecido de quem alega e não por mera negligência, caso contrário não será aceito.

No caso de aceite da revisão, o tribunal manda suspender o cumprimento da decisão arbitral até que este novo fato seja apreciado e procedido sua modificação.

A sentença arbitral pode, em casos muito especiais, ser considerada sem eficácia e não obrigatória, conforme explicita Nascimento e Silva:

1º) quando o árbitro ou o tribunal arbitral exceder, evidentemente, os seus poderes; 2º) quando a sentença for o resultado da fraude ou da deslealdade do árbitro ou árbitros; 3º) quando a sentença tiver sido pronunciada por árbitro ou árbitros em situação de incapacidade, de fato ou de direito; 4º) quando uma das partes não tiver sido ouvida, ou tiver violado

algum outro princípio fundamental do processo. A estes quatro casos poderá talvez ser acrescentado o da ausência de motivação na sentença.²⁹

De todas as situações trazidas como causa de nulidade, a mais comum é quando há o excesso de poder do árbitro ou árbitros, mostrando-se indiscutível.

O mesmo autor, citando Nicolas Politis, diz que o excesso de poder ocorre:

1º) em caso de interpretação abusiva do compromisso; 2º) se o árbitro examinou pontos não compreendidos no compromisso ou já regulados e dos quais só se trata de fixar a aplicação ou tirar consequências; 3º) em caso de desrespeito às disposições imperativas do compromisso, quanto às regras que deveriam ser aplicadas; 4º) quando o árbitro, em vez de proferir um julgamento, realiza uma transação.³⁰

Por fim, é bom ressaltar que a coisa julgada é relativa também em direito internacional, só possuindo efeito para as partes litigantes, naquele caso do fato sob análise, conforme dispõem as Convenções de Haia de 1899 e 1907.

Decisões judiciais

As partes submetem seu litígio para ser apreciado por um tribunal permanente, constituído por juízes de carreira, com procedimento já instituído, emitindo uma sentença obrigatória com base no direito internacional.

29 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 459.

30 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 459.

A grande diferença dos tribunais internacionais dos tribunais internos é que neste há como fazer a execução de suas decisões por ter uma estrutura própria e institucionalizada para tal, diferentemente com o que ocorre em âmbito internacional, ficando o cumprimento de suas decisões pela mera vontade das partes.

Os tribunais e cortes internacionais são, desta feita, entidades judiciárias permanentes, compostas de juizes independentes, com o objetivo de julgarem os conflitos internacionais, cujas sentenças são obrigatórias para as partes.

Em princípio são os Estados que trazem as lides para as cortes internacionais, porém nada impede que as partes sejam organizações internacionais.

Pode-se dizer que a primeira Corte Permanente de Justiça Internacional foi criada em 1920, na cidade de Haia, com vocação universal, estando pronta a decidir sobre demandas de quaisquer Estados. Foi extinta em 1946, após a criação da Corte Internacional de Justiça, criada quando da constituição da Organização das Nações Unidas, sendo permanente e o único tribunal com competência geral até o presente.

Porém, existem cortes regionais com competências específicas, como ocorre com o Tribunal Internacional do Direito do Mar, estabelecido em Hamburgo, Alemanha, criado através da Convenção sobre o Direito do Mar, em Montego Bay, Jamaica, em 1982 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, criada em 1969.

O próprio Conselho de Segurança pode criar tribunais com competência para julgar indivíduos que cometeram crimes internacionais, em determinada época, não sendo permanentes. Diferentemente é a Corte Internacional Penal Permanente, criada pelo Tratado de Roma de 1998.

Corte Internacional de Justiça (CIJ)

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça consta de 70 artigos baseados no estatuto da antiga Corte.

Nos dizeres de Jo, *as funções básicas da Corte são, em primeiro lugar, solucionar as disputas legais conforme o DI e, em segundo lugar, dar opiniões consultivas sobre questões legais.*³¹

A CIJ é composta por quinze juízes eleitos, conjuntamente, pela Assembléia Geral e pelo Conselho de Segurança em votações separadas, porém simultâneas.

Apresentam um mandato de nove anos, podendo ser reeleitos. Embora o estatuto esclareça que serão eleitos *sem atenção a sua nacionalidade*, não é o que acontece na prática, pois buscam ater-se as indicações dos cinco grandes grupos da Organização, levando em consideração, por conseqüência, a nacionalidade dos candidatos. Não pode haver dois juízes de um mesmo Estado.

Os juízes devem ter consideração moral e desempenhar as mais altas funções judiciárias em seus países ou ser internacionalmente reconhecidos por sua competência em matéria de direito internacional.

Quando um Estado não contar com juiz de sua nacionalidade, poderá ser designado um juiz *ad hoc*.

O Estatuto ainda dispõe que somente os Estados, sejam eles partes ou não das Nações Unidas é que podem litigar na Corte, não permitindo que particulares façam valer seus direitos perante esta jurisdição. As organizações internacionais também não podem postular perante a Corte, entretanto, podem pedir opiniões consultivas.

A competência da Corte, no tocante a matéria, conforme explica Nascimento e Silva:

Se estende a todas as questões de ordem jurídica que possam ser submetidas por um Estado, e o referido Estatuto cita especificamente o artigo 36

31 JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 520.

e as seguintes controvérsias: a interpretação de um tratado, qualquer ponto de direito internacional, a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional e a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional. Na sua decisão, a Corte aplica as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais do direito e a doutrina dos juristas mais qualificados; em outras palavras, aplicará qualquer das fontes do direito internacional.³²

O processo conta com duas fases, uma escrita e outra oral, sendo a sentença definitiva e inapelável, conforme disposto no artigo 60 do estatuto. Admite-se uma revisão quando haja a ocorrência de algum fato novo suscetível de exercer influência na decisão tomada.

A resolução do litígio dada pela Corte Internacional de Justiça, diferente da arbitragem, tem a vantagem de contar com o apoio do Conselho de Segurança para a implementação da sentença.

Como dito antes, a Corte tem jurisdição judiciária, para que se produzam sentenças, a fim de dar cabo ao litígio e, função consultiva, com o intento de emitir opiniões consultivas.

Na jurisdição contenciosa, todos os Estados membros das Nações Unidas podem recorrer a ela, bem como o que dela não façam parte, porém com condições fixadas pelo Conselho de Segurança. Este procedimento vai gerar decisões obrigatórias entre os Estados, sendo voluntária.

Embora dito que somente os Estados são os únicos sujeitos de direito que podem postular perante a Corte Internacional, Barboza lembra que, conforme o artigo 96 da Carta, a Assembléia Geral da ONU e o Conselho de Segurança têm a faculdade de, querendo, solicitarem opiniões consultivas sobre qualquer matéria de ordem jurídica. Já os demais órgãos da ONU só poderão pedir parecer sobre questões

32 SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 449.

jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades e com a autorização da Assembléia Geral.

Barboza assinala que:

La jurisdicción consultiva implica cuestiones delicadas, ya que puede disimularse una controversia determinada bajo la guisa de una consulta *in abstracto*, y en la práctica las consultas son hechas en respuesta a situaciones reales. La Corte ha mostrado en este aspecto un criterio flexible y no a escatimado dar sus dictámenes.

En cuanto al procedimiento, es éste bastante formal y parecido al contencioso. Se escucha a los Estados y OI interesadas y en ciertos casos los Estados pueden nombrar jueces *ad hoc*.³³

Para a Corte o parecer consultivo é um poder discricionário e não obrigatório, tendo como objetivo principal o de dar uma consulta legal sobre determinada fato abstrato de uma possível controvérsia e não solucionar uma questão entre Estados, segundo Jo.

Conclusão

As controvérsias internacionais podem ser das mais variadas causas, graves ou simples, geralmente classificadas em natureza política e jurídica, consistindo em violação de tratados ou convenções; pelo desconhecimento por parte de um dos Estados, dos direitos do outro; pela ofensa aos princípios que regem o Direito Internacional ou mesmo pelo choque de interesses políticos ou econômicos, resultando em ofensas à dignidade e honra de um Estado.

Para tanto, buscou-se conceituar conflito internacional, trazendo suas características, adentrando nas formas de solucionar as controvérsias existentes, baseando-se nos princípios basilares do Direito

33 BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008, p. 308.

Internacional, para, por fim, explicitar os métodos que podem ser aplicados no deslinde da causa, deixando a guerra como *ultima ratio*.

É bem verdade que grande passo se deu com a criação das Nações Unidas, mas tem-se visto que tal organização não tem tido a devida correspondência por parte de alguns de seus membros, não cumprindo com seu objetivo principal e fundamental de *preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, de estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e outras fontes do direito internacional possam ser mantidos e de evitar ameaças à paz e de reprimir atos de agressão*.

Há de se reconhecer também que, mesmo com um sistema hierarquizado de normas, legalista e sancionatório, não se consegue impedir a ocorrência de lesão ou mesmo a ameaça de lesão a direito, referente ao mais simples conflito humano, que dirá impedir que os Estados se agridam mutuamente quando há interesses particulares em jogo.

Inegável, porém, que as soluções pacíficas tenham se tornado a primeira opção escolhida pelos Estados para o deslinde das controvérsias internacionais e as decisões dela decorrentes, na maioria dos casos, com aplicabilidade entre as partes envolvidas.

Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de; MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Cláusulas abusivas no código do consumidor**. Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994.

BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Zavalia, 2008.

CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, CONSELHO PERMANENTE, OEA/Ser.G, CP/INF.3964/96 rev. 1, 6 out. 1997, Original: espanhol.

JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas – ONU, 1945.

PIZZOLO, Calogero. **Sistema de solución de controversias**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCO, Dante Scaglione. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Estudio, 2008.

ROUSSEAU, J.J. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1965.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Sobre o livro

Projeto Gráfico e Editoração Leonardo Araujo
Design da Capa Ralf Nóbrega
Foto da Capa Tycho Brahe Fernandes

Formato 17 x 24 cm

Mancha Gráfica 11,8 x 19 cm

Tipologias utilizadas Minion Pro 12 pt