

A RESPONSABILIDADE SOCIAL E AMBIENTAL DAS EMPRESAS

THE COMPANIES SOCIAL AND ENVIRONMENTAL RESPONSABILITY

Nathalie de Paula Carvalho

Especialista em Direito e Processo Constitucional pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR
Mestranda em Direito Constitucional pela UNIFOR
Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela
Universidade Vale do Acaraú
Advogada
E-mail: nathaliedireito@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS: CONCEITO; 3 OS CINCO ESTÁGIOS DO DESENVOLVIMENTO ÉTICO EMPRESARIAL; 4 RSE E O LIBERALISMO ECONÔMICO; 5 A RESISTÊNCIA QUANTO À SER; 6 A REALIDADE BRASILEIRA; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: THE CONCEPT; 3 THE FIVE STAGES OF ETHICAL BUSINESS DEVELOPMENT; 4 ECONOMIC LIBERALISM AND RSE 5 RESISTANCE AS TO BEING; 6 THE BRAZILIAN REALITY, 7 CONCLUSION; 8 REFERENCES.

Resumo: O artigo aborda a Responsabilidade Social das Empresas. A função que deve ser desempenhada pelas empresas no meio social está sendo inovada, aliando a lucratividade com a participação do empresariado no desenvolvimento econômico e social. Pretende-se ao final deste estudo oferecer visão ampliada, que identifique e pondere cada um dos eixos das complexas relações empresariais contemporâneas.

Palavras-chave: Empresa. Responsabilidade Social. Lucratividade.

Abstract: The article discusses the Corporate Social Responsibility. The function which must be performed by companies in the social system is innovative, combining profitability with the participation of businessmen in the economic and social development. It is the end of this study offer a broader view, to identify and consider each of the axes of the complex contemporary business relationships.

Keywords: Company. Social Responsibility. Profitability.

1 INTRODUÇÃO

O liberalismo econômico, base do capitalismo, provocou o incremento de um sem número de empresas dotadas de conhecimento e tecnologia, que permitiram a transnacionalização de capital, manufaturas e produtos. Já não importa onde é produzida a mercadoria, o essencial é identificar o mercado consumidor. No final do século XX e início do século XXI, a sociedade global desperta para os direitos difusos e para a necessária implementação do capital humano e social, passando a exigir das empresas não só produtos de menor custo, mas que também sejam produzidos respeitando os direitos humanos e sociais, as leis trabalhistas e o meio ambiente.

O cenário mundial é em grande parte desenhado pela globalização dos mercados e das informações, bem como pela reestruturação do setor produtivo. Exige-se que um empreendimento seja considerado bem-sucedido quando alcança a satisfação de todas as partes envolvidas no processo de produção, aquisição e reconhecimento estatal e social. Assim empresários, operários, consumidores, instituições sociais e estatais sob diversas óticas mantêm contínuas relações que, ao final, apontam pela aprovação ou rejeição do produto no mercado.

Pondera-se por outro viés, por um compromisso ético dos agentes econômicos que devem respeitar o desenvolvimento sustentável do local de produção, bem como do ambiente dos mercados consumidores. A transformação do contexto econômico em esfera global implicou uma série de modificações sociais que atingiu tanto países centrais quanto periféricos. Na Europa observa-se que amplo debate sobre a responsabilidade social das empresas passa a sociedade. Ela manifesta-se efetivamente contando com

um significativo mercado para o comércio de produtos concebidos de forma socialmente responsável. No Brasil e em toda a América do Sul, porém, a discussão ainda é tênue.

Nesse sentido, a Responsabilidade Social das Empresas vem sendo objeto de análises mais aprofundadas, haja vista que engaja a atuação de importantes agentes de desenvolvimento econômico, podendo contribuir significativamente para a sociedade. O objetivo deste estudo é investigar a atuação dos empresários frente às questões sociais, tendo como foco a problematização desta questão, sob a ótica da realidade brasileira e se é possível conciliar lucro com responsabilidade social.

2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS: CONCEITO

A origem da Responsabilidade Social das Empresas remonta a década de 1960, quando os Estados Unidos começou a relacionar os direitos dos consumidores à degradação do meio ambiente. No Brasil, os primeiros registros dessas idéias se dão a partir dos anos 90, quando os setores empresariais começaram a ter um importante papel para a solução dos problemas sociais, diante das transformações ocorridas no contexto econômico do séc. XX.

A Responsabilidade Social das Empresas (RSE) vem ganhando espaço na realidade jurídica, se firmando pela atuação dos *stakeholders*, designando todas as pessoas ou empresas, que, de algum modo, são influenciados pelas ações de uma organização. Desta forma, o público alvo deixa de ser apenas o consumidor final para atingir um número maior de setores sociais. Em outras palavras, designa todos os elementos que influenciam ou são influenciados por ações de uma determinada organização, podendo ser considerada como uma evolução do conceito de ambiente empresarial. Na lição de Carlos Nelson dos Reis, assim pode ser definida a responsabilidade social das empresas:

A responsabilidade social das empresas no Brasil pode ser definida como um modelo de comportamento ético e responsável na gestão das mesmas, que, em suas decisões e ações, resgatam

valores e direitos humanos universais, preservando e respeitando interesses de todas as partes direta ou indiretamente envolvidas no negócio, assim como os de toda a sociedade, em uma relação na qual todos obtêm vantagens. (REIS, 2007, p.301).

Assim, a RSE vem sendo encarada como uma mudança de postura do empresariado, compromissado a agir de acordo com a vida em sociedade e ser responsável também pelos problemas coletivos, contribuindo para a sustentabilidade do meio social. Deve “resultar de uma preocupação em se aliar o desenvolvimento econômico ao desenvolvimento da qualidade de vida.” (GUIMARÃES, 1984, p.215).

De uma perspectiva mais ampla, entendem F.P. de Melo Neto e C. Froes (1999, p.84), que a RSE é vista como um compromisso com relação à sociedade e à humanidade em geral, e uma forma de prestação de contas do seu desempenho, baseada na apropriação e no uso de recursos que originalmente não lhe pertencem. Assim, segundo entendem, as empresas possuem uma espécie de “dívida social”.

Uma iniciativa de responsabilidade social deve revelar a crença da empresa em sua melhoria através de seus princípios e de sua contribuição para uma sociedade mais justa. Isso significa que não basta à empresa não infringir a lei se suas estruturas refletem os mesmos problemas sociais do meio. Ela deve contribuir para o desenvolvimento social promovendo, de alguma forma, uma nova cultura, dando uma chance à melhoria dos padrões sociais. (ZULZKE, 2000, p.05-11). A definição oficial de Responsabilidade Social das Empresas é a fornecida pelo Instituto ETHOS¹ :

Responsabilidade social é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais

¹ O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, organização sem fins lucrativos fundada em 1998, tem como associados algumas centenas de empresas em operação no Brasil, de diferentes portes e setores de atividade. A entidade tem como missão mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerirem seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade mais próspera e justa. O Instituto Ethos dissemina a prática da responsabilidade social por intermédio de atividades de intercâmbio de experiências, publicações, programas e eventos voltados para seus associados e para a comunidade de negócios em geral.

ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. A responsabilidade social é focada na cadeia de negócios da empresa e engloba preocupações com um público maior (acionistas, funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, governo e meio ambiente), cuja demanda e necessidade da empresa deve buscar entender e incorporar aos negócios. Assim, a responsabilidade social trata diretamente dos negócios da empresa e de como ela os conduz. (2008, *on line*).

A concepção social que vem se firmando não fica mais limitada à satisfação dos acionistas ou sócios mediante a obtenção de lucros, pautados em uma gestão de política fechada. Essa mudança se traduz na consideração de valores sociais, que ultrapassam o ganho material. Desta forma, uma empresa socialmente responsável é aquela que, pela sua criatividade, atua ao lado de projetos sociais, de entidades da sociedade, na busca de melhorias da qualidade na vida. Diante da competitividade da dinâmica econômica e das pressões exercidas pela sociedade, as empresas tornar-se-iam cada vez mais parceiras e fomentadoras de programas de responsabilidade social.

3 OS CINCO ESTÁGIOS DE DESENVOLVIMENTO ÉTICO EMPRESARIAL

Linda Starke (1999, p.09), orientada pelo modelo empresarial criado por Reidenbach e Robin², identifica cinco estágios do desenvolvimento ético das corporações, a saber: (a) corporação amoral; (b) corporação legalista; (c) corporação receptiva; (d) corporações éticas nascentes e (e) corporação ética.

O estágio das corporações amorais (a) é o menos desenvolvido, buscam o lucro a qualquer custo; para tanto violam

² REIDENBACH, R. E. and ROBIN, D. P. A Conceptual Model of Corporate Moral Development, *Journal of Business Ethics*, n. 10, p. 273-284, 1991. Economistas responsáveis pelo principal modelo de desenvolvimento moral das corporações.

normas, valores sociais e consideram seus empregados como meras unidades econômicas de produção. Representa, neste diapasão, um empresariado descompromissado com o meio social e com as instituições jurídicas do Estado.

O segundo estágio de desenvolvimento é o da corporação legalista (b). Apegada à lei, ela adota códigos de conduta, que podem ser definidos, em apertada síntese, como uma declaração formal de valores e práticas corporativas, bem como de princípios e valores, ainda que não éticos, tem por finalidade definir a conduta da corporação.

Em uma terceira etapa está a corporação receptiva (c), que se mostra responsável socialmente por conveniência; porque compreende que as decisões éticas podem ser do interesse da companhia a longo prazo, ainda que envolvam perdas de lucros econômicos imediatos. Os códigos de conduta das corporações receptivas começam a tomar forma de “códigos de ética”.

No quarto estágio, um pouco mais desenvolvido, estão as corporações éticas nascentes (d). Elas reconhecem a existência de um contrato social entre os negócios e a sociedade e assim procuram generalizar por todos os setores da corporação um equilíbrio entre as preocupações éticas e a lucratividade.

O quinto estágio da corporação ética (e) é o mais desenvolvido, Nenhuma empresa o atingiu completamente até o presente momento. Ele representa o ideal para Reidenbach e Robin (Starke, 1999) e está consubstanciado no perfeito equilíbrio entre lucro, envolvendo a ética na recompensa aos empregados que se afastassem de ações comprometedoras, mentores para dar orientação moral aos novos empregados.

Com as mudanças no processo de organização da produção e do trabalho, bem como mediante os avanços da globalização e da abertura dos mercados, mostrou-se imperiosa a mudança do modus operandi das empresas. Elas não apenas podem se preocupar com a geração de riquezas, mas também com ações sociais, contribuindo para uma sociedade mais igualitária.

4 RSE E O LIBERALISMO ECONÔMICO

Adam Smith (século XVIII), um dos principais nomes da formação da Economia Política clássica, em sua obra “A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas”, fundamentou a descrição da ordem econômica (SMITH, 1988, v. I p. XII) nos sentimentos morais, na busca da aprovação social e nas razões maiores da acumulação e conservação da fortuna material.

Defendia que o papel do Estado estava restrito a três funções principais: defender a nação; promover a justiça, bem como a segurança dos cidadãos e empreender obras sociais necessárias que a iniciativa privada não conseguisse concretizar. Suas principais idéias foram: a identificação do bem-estar das nações com seu produto anual *per capita*; quando considerou como causa da riqueza das nações o trabalho humano, a livre iniciativa de mercado (*laissez faire*), e a especialização do trabalho como instrumento da produtividade - exemplo clássico da fábrica de alfinetes - (SMITH, 1988, v. I, p. 41-47) e a teoria do bem-estar econômico ou da “Mão Invisível”, segundo a qual as leis do mercado não devem sofrer intervenções e a economia se direcionará por si mesma para o melhor caminho, guiado por uma “mão invisível”.

Analisando a atitude governamental frente às despesas públicas, Smith criticava a aplicação dos recursos estatais em setores que não eram adequados, sendo, portanto, um desperdício do tesouro nacional. Considerava que parte do que era pago a título de impostos poderia ter sido acumulada em forma de capital, para servir como uma espécie de reserva de fundos para ulteriores necessidades.

Nesse contexto, David Ricardo (2001), um dos principais seguidores de Adam Smith, sem olvidar Thomas Malthus, no livro “Princípios da economia política e da tributação”, trouxe como principal contribuição para a Teoria Econômica as teorias do valor e da repartição. Pela teoria do valor, se entende que o valor de uma mercadoria é determinado pela quantidade de trabalho nela incorporado. Na teoria da repartição, defende que as leis

que regulamentam a divisão do produto consideram a existência de três classes sociais distintas: os latifundiários, os operários e os capitalistas. No conflito entre essas classes, o autor toma posição pelos capitalistas.

Sob esse olhar, a RSE é ditada pelo aumento dos ganhos dos lucros, melhor alocação orientada pelos interesses dos seus proprietários, com supedâneo na legislação. O esquema orientador do livre mercado é o seguinte: mercado livre de restrições; concorrência para atrair consumidores para aumentar os lucros; busca constante pela eficácia na produção; melhoria da qualidade; aumento de produtividade; redução de custos e preços; aumento de produção; geração de empregos e renda; maximização do bem-estar econômico e social.

O liberalismo clássico concebia o mercado como a melhor forma de organização econômica e social. O egoísmo é um sentimento inerente da natureza humana, conduzindo à competição e à rivalidade, sendo estas consideradas pelos liberais como benéficas para a sociedade, por conta do incremento e da melhoria na qualidade dos produtos ofertados.

Um dos principais defensores do liberalismo da era contemporânea é Milton Friedman (1984), que deposita sua confiança no sistema de mercado como meio para alcançar os melhores resultados para a sociedade. Valoriza o binômio capitalismo – liberdade, como sendo a mola propulsora das oportunidades de prosperidade material da humanidade. Para ele, “um problema político, como o da liberdade individual, não está dissociado da organização econômica e ajusta-se somente a um sistema de economia de mercado” (FRIEDMAN, 1984, p.XV). Para Friedman, o governo tem o papel essencial de determinar as regras do jogo. Inclui dentre essas funções a promoção de mercados competitivos.

Como forma de atenuar essa intensidade mercantil, a Responsabilidade Social das Empresas representa um mecanismo que se contrapõe a esta lógica, sendo um elemento de regulação do mercado no estabelecimento de parâmetros para o seu funcionamento. Pela lógica do socialismo democrático, o Estado

passaria a intervir no sistema de mercado para expandir o bem-estar social.

Milton Friedman (1984) considera que o progresso econômico numa economia de mercado reduz as desigualdades. Assim, sua política monetária e fiscal era ditada pela adoção de um imposto de renda progressivo que tinha como meta estimular o aumento da poupança dos indivíduos e o reinvestimento dos lucros nas empresas privadas. José Antônio Puppim de Oliveira (2008, p.67) conclui que “a única responsabilidade social das empresas era gerar lucro para seus acionistas, dentro das regras da sociedade (leis).”

O objetivo do governo deve ser limitado: sua principal função deve ser a de proteger a liberdade individual contra os inimigos externos e contra os próprios compatriotas; preservar a lei e a ordem; reforçar os contratos privados; promover mercados competitivos. (FRIEDMAN, 1984, p.12).

No seu entender, a preservação da liberdade é a principal razão para a limitação e descentralização do poder do governo. (FRIEDMAN, 1984, p.13). O papel do capitalismo competitivo seria organizar a atividade econômica por meio da empresa privada e promover um mercado livre, enaltecendo o *laissez-faire*, de forma a reduzir o papel do Estado nos assuntos econômicos. Assim esclarece José Antônio Puppim de Oliveira, comentando a posição de Milton Friedman:

Usar o dinheiro das empresas para projetos fora dos objetivos de gerar lucro para os acionistas era prejudicial à sociedade, pois, reduzindo os lucros, havia menos investimentos e, conseqüentemente, menos empregos, tampouco os salários poderiam ser aumentados e poderia haver menos dinheiro dos impostos. (OLIVEIRA, 2008, p.68).

Visão diversa é apresentada pelo teórico da democracia Robert Dahl (2001, p.185-197), ao analisar as razões que levam o capitalismo de mercado a favorecer a democracia, e também aquelas que a prejudicam. Ele compara a democracia e o capitalismo de mercado a duas pessoas ligadas por meio de um tempestuoso casamento assolado por conflitos, mas que resiste porque nenhum

dos parceiros deseja separar-se do outro. Vivendo em simbiose, para o autor, a democracia poliárquica resiste apenas nos países com economia predominantemente de mercado. A economia planificada prejudica as perspectivas democráticas. O capitalismo de mercado é favorável à democracia por suas conseqüências sociais e políticas. Ele cria um estrato intermediário de proprietários que buscam a educação, a autonomia, a liberdade pessoal, direitos de propriedade, a regra da lei e a participação no governo.

Dahl salienta que o capitalismo de mercado cria desigualdades que limitam o potencial democrático ao gerar má distribuição de recursos e sistemas econômicos não democráticos e provoca as desigualdades na distribuição dos recursos políticos. No Brasil ocorreu a democracia eleitoral, acesso ao voto universal e periódico, porém a democracia econômica e política caracterizada pela distribuição igualitária de recursos essenciais, tais como a riqueza, os rendimentos, *status*, prestígio, informação, organização das instituições, educação e conhecimento dentre outros fatores, está distante de ser concretizada. O autor dispõe que “em nenhum país democrático existe uma economia capitalista de mercado (e provavelmente não existirá por muito tempo) sem ampla regulamentação e intervenção do governo para alterar seus efeitos nocivos.” (DAHL, 2001, p.195).

Sobre o papel dos governos na economia global, Robert Kuttner afirma que as grandes empresas globais se tornaram centros do poder econômico e financeiro concentrado e a tarefa do poder público era apoiar essa pauta de *laissez-faire*. Faz-se necessário, diante dessa realidade supranacional, a qual ele chama de globalismo, o dismantelamento das barreiras ao livre comércio e ao livre fluxo de capitais financeiros. (KUTTNER, 2004, p.214-215). Por outro lado, considera que o crescimento econômico é refém dos credores e especuladores financeiros. (KUTTNER, 2004, p.229).

Ao longo do século XX a eficiência do livre mercado começou a se chocar com a livre democracia, especialmente após as duas guerras mundiais. Atualmente os setores econômicos são liderados por grandes grupos, que assumem a forma de cartéis e

sufocam a livre concorrência. No desenvolvimento desta análise, faz-se necessário uma passagem pelo capitalismo, que pode ser conceituado como “um regime social no qual os capitais não pertencem aos que tornam produtivos pelo seu trabalho, e sim às grandes indústrias de propriedade privada. (LALANDE, 1999, p. 136).

Fábio Konder Comparato (2001, p.457) o entende como um sistema excludente e dominador por conta do egoísmo competitivo, em razão da supremacia absoluta do mercado. Considera que o capitalismo promove uma inversão ontológica: o capital é levado à posição de pessoa artificial e o homem é reduzido à condição de instrumento de produção. Essas idéias devem ser compatibilizadas com a liberdade empresarial, haja vista que o ideal do liberalismo contemporâneo é a realização de lucros com produção de bens ou prestação de serviços à comunidade. (COMPARATO, 2001, p.450). Sobre a RSE, assevera que:

A vida econômica, antes de mais nada, já não será submetida ao interesse supremo de acumulação ilimitada do capital privado, mas organizar-se-á no sentido do serviço à coletividade e do atendimento prioritário das necessidades e utilidades públicas. Em particular, as células do organismo econômico – as empresas – devem ser estruturadas de forma a afastar a soberania do capital sobre os demais agentes de produção. A atividade empresarial há de ser direcionada, por meio de estímulos e sanções adequadas, à produção de bens e serviços de interesse coletivo, conforme as diretrizes programáticas estabelecidas pelas autoridades governamentais, com a devida aprovação popular. (COMPARATO, 2001, p.464).

Nesta esteira de pensamento, encontra-se Waldírio Bulgarelli (1997), que ressalta a atividade funcional da empresa, deslocando seu titular do âmbito estrito dos direitos subjetivos (interesses egoísticos) para encaminhá-lo para o direito-função ou poder-dever. Deve estar presente a responsabilidade objetiva para com os que se relacionam com a empresa (*stakeholders*). Considera que a atividade empresarial é inspirada por um interesse público,

em contraposição a tese do interesse da empresa em si mesma. (BULGARELLI, 1997, p.72). Na sua lição:

Parece, pois, ter ficado claro que está em jogo uma série de interesses em relação à atividade empresarial, a que é preciso atender, justificando-se certas restrições, limites, obrigações, ônus e responsabilidades impostos ao empresário, como agente dessa atividade e, portanto, centro de imputabilidade. O que, por outro lado, parece não excluir a perspectiva dos interesses egoísticos que estão na base da iniciativa empresarial e que lhe constituem o móvel, e em decorrência do qual se pode falar em risco da atividade e apropriação dos frutos dela decorrentes. Sem dúvida que este é o campo preferido pelos reformistas da empresa, na busca ideal de um melhor ajuste entre os interesses que se congregam na empresa inspirados certamente por idéias de efetiva justiça social. (BULGARELLI, 1997, p. 74-75).

Gabriela Mezzanotti considera que a legitimação do lucro não advém da propriedade dos meios de produção, mas sim pelo regular desenvolvimento da atividade empresarial segundo as finalidades sociais. Arremata sua posição, registrando que:

De tudo quanto o exposto, verifica-se que a empresa possui, no sistema constitucional vigente, natureza instrumental, na medida em que não é um fim em si mesmo. Isto é, admite-se a empresa como ferramenta de manutenção de princípios fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e solidariedade social, não se podendo olvidar que seu exercício deve obedecer à livre iniciativa, à livre concorrência e à autonomia privada. Ademais, passou a constituir a espinha dorsal do sistema e premissa universal que a empresa represente o elemento mais sólido e fundamental para a construção da sociedade livre, justa e solidária, adjetivada pela luta contra a pobreza e as desigualdades sociais. O interesse coletivo na atividade da empresa se tornou manifesto, praticamente institucionalizando-a perante o ordenamento jurídico. (MEZZANOTTI, 2003, p.41).

Marçal Justen Filho (1998, p.117) também enaltece a Responsabilidade Social das Empresas, ao considerar que, em consonância com os princípios da ordem econômica dispostos no art. 170 da CF/88, a empresa deve levar em conta a dignidade de todos os envolvidos na sua atividade, ainda que seu objetivo principal seja a obtenção do lucro. Corroborando este entendimento, frise-se que “a partir de sua expressão social, do respeito à dignidade da pessoa humana, ao valor do trabalho e à justiça social é que se legitima a livre iniciativa e a livre concorrência.” (BRUNA, 1997, p.137).

O art. 170 da Constituição Federal brasileira afirma ser “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. Nele são enumerados os seguintes princípios, de observância obrigatória, no desempenho da atividade econômica: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Isso demonstra que o liberalismo econômico foi, de certa forma, mitigado pela CF/88.

A intervenção governamental na livre iniciativa (art. 173 e 174 CF/88) se dá para corrigir as distorções de mercado, ou seja, as externalidades, informações imperfeitas e poder dos monopólios. (VASCONCELOS; GARCIA, 1998, p.24). Enaltecendo a proteção do consumidor, Nunes Rizzato (2005, p. 63) afirma que “a livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado”, devendo ser oferecidos os melhores produtos e preços.

5 A RESISTÊNCIA QUANTO À RSE

Ao analisar a Responsabilidade Social das Empresas, Andrew W. Savitz (2007, p.96-97) faz uma abordagem de duas categorias de críticos: os “cínicos”, que são os simpatizantes de ideologias e consideram a responsabilidade social das empresas como um meio de promoção, ferramenta de relações públicas e os “céticos”, que

argumentam não competir aos líderes de negócios envolverem-se com problemas ambientais ou sociais, sendo sua única atribuição maximizar o lucro do empreendimento.

Em apertada síntese, os argumentos para a negação da responsabilidade social das empresas são os seguintes (SAVITZ, 2007, p.100-107): a lucratividade, em vez da responsabilidade ambiental e social, é o principal objetivo das empresas; os líderes e gestores de negócios têm a obrigação de priorizar os lucros; as questões sociais, econômicas e ambientais devem ser atribuições dos governos; os ditames da RSE são incompatíveis com o livre mercado, que não incorpora esses custos; a idéia de RSE pode prejudicar o desenvolvimento econômico dos países subdesenvolvidos.

Robert Reich (2008, p.02) possui posicionamento semelhante aos "céticos". Faz uma análise da evolução do capitalismo democrático até o Supercapitalismo, considerando que a democracia só pode ser alcançada com a participação dos cidadãos. Para ele, o capitalismo tem a função de aumentar o bolo da economia e a democracia exige centros de poderes privados, livres de uma intervenção estatal.

A transição para o Supercapitalismo se deu a partir do momento em que as grandes empresas, que não são nem morais nem imorais, segundo sua concepção, se tornaram mais competitivas, globais e inovadoras, passando a interferir nas decisões políticas. (REICH, 2008, p.05-06). Assim, o triunfo do capitalismo e o enfraquecimento da democracia se deram com o objetivo de aumentar as riquezas dos empresários, jogando os países uns contra os outros. Sobre a Responsabilidade Social das Empresas, o autor é enfático em negá-la:

Finalmente, chegarei a algumas conclusões que talvez sejam consideradas surpreendentes - entre elas, por que as iniciativas para melhorar a governança corporativa reduzem a probabilidade de que as empresas atuem com responsabilidade social; porque a promessa de democracia empresarial é ilusória; porque o imposto de renda incidente sobre as pessoas jurídicas deve ser abolido; porque as

empresas não devem ter responsabilidade penal; e porque os acionistas devem ter meios para impedir que seu dinheiro seja usado pelas empresas para fins políticos, sem seu consentimento prévio. (REICH, 2008, p.07). [...] As empresas não são cidadãs. São pilhas de contratos. O objetivo das empresas é participar do jogo econômico com o máximo de agressividade e eficácia. O desafio para nós cidadãos, é impedir que elas imponham as regras do jogo. Conter o supercapitalismo para que não transborde sobre a democracia é o único plano de mudança construtivo. Tudo o mais, como deixarei claro, é brincadeira e perda de tempo. (REICH, 2008, p.12).

Von Hayek considera na obra "O caminho da servidão" que a democracia moderna, para assegurar um desenvolvimento social, tem de manter o crescimento econômico e que a liberdade de decisão do indivíduo deve ser valorizada. Pode-se fazer uma ligação da sua postura liberal com a RSE nos seguintes termos:

Pode parecer muito nobre dizer: 'deixemos de lado a economia, vamos construir um mundo decente'. Na realidade, porém, essa é uma atitude de todo irresponsável. Com a situação mundial que conhecemos, e existindo a convicção generalizada de que as condições materiais devem ser melhoradas em certos pontos, a única possibilidade de construirmos um mundo decente está em podermos continuar a melhorar o nível geral de riqueza. Pois a moderna democracia entrará em colapso se houver a necessidade de uma redução substancial dos padrões de vida em tempo de paz, ou mesmo uma estagnação prolongada das condições econômicas. (VON HAYEK, 1990, p. 190).

É interessante notar o posicionamento de José Antônio Puppim de Oliveira (2008, p.115), ao relacionar a responsabilidade social das empresas atesta que estas vêm percebendo que podem ganhar com as melhorias socioambientais, buscando alternativas para a competitividade. Essas atividades podem ser encaradas como uma estratégia de negócios. Podem gerar retorno financeiro e novas oportunidades com mercados mais sensíveis. Ressalta, desta

maneira, as vantagens da responsabilidade social.

Para Milton Friedman (1984), qualquer ação que desvirtue os objetivos econômicos é maléfica para a sociedade, haja vista que seriam causadas ineficiências econômicas. A responsabilidade social das empresas é, na verdade, gerar lucros. Alerta ainda para o fato de que, por não serem especialistas em gestão social, os empresários correriam riscos de empregar indevidamente os recursos.

6 A REALIDADE BRASILEIRA

A legislação brasileira traz em seu bojo algumas previsões que interessam diretamente à questão da responsabilidade social das empresas, que se relacionam com a necessidade de uma maior inclusão social, preocupação com o meio-ambiente; maior transparência das informações empresariais; inserção de valores éticos nas atividades desempenhadas, dentre outros.

O art. 3º da Carta de 1988 prevê os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, devendo ser destacada a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e desigualdades sociais. O art. 5º enuncia os direitos e garantias fundamentais; o art. 6º declara os direitos sociais, já os o art. 7º c/c art. 10 do ADCT tratam dos direitos trabalhistas. O art. 170, conforme anteriormente explicitado, também alia o desenvolvimento da atividade econômica ao meio social.

O art. 218, § 4º CF/88 firma o apoio às empresas que invistam em pesquisas, tecnologias adequadas ao país, garantindo a participação dos empregados nos ganhos econômicos e valorizando a produtividade dos seus trabalhos. O art. 225 destaca a importância de um meio-ambiente equilibrado, enaltecendo a necessidade da educação ambiental. O Código Civil aborda nos arts. 966; 970 e 971, ainda que de forma implícita, dispositivos que se relacionam com a RSE.

A CLT também vem se adequando à nova sistemática social, por meio de contratações de tempo determinado; flexibilização de alguns direitos; suspensão do contrato de trabalho

para aperfeiçoamento profissional; medidas para a redução do desemprego. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) tem como meta unir os dispositivos do direito empresarial com os ditames da responsabilidade social.

A Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas) prevê no seu art. 47 os objetivos da recuperação judicial – preservação da empresa, função social, manutenção dos empregos, estímulo à atividade econômica. Esta análise deve levar em consideração os preceitos constitucionais do art. 6º (direitos sociais – trabalho) e art. 170, VIII (pleno emprego) e o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, versando que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. O art. 116, parágrafo único da Lei 6.404/76 prevê que o acionista controlador deve realizar o objeto da empresa e cumprir a sua função social, o que já é um passo para a responsabilidade social. Também o art. 154 do mesmo diploma normativo faz referência expressa a esse assunto.

A Constituição política e a legislação infra-constitucional não são suficientes para suprir o vácuo deixado por uma fraca constituição econômica, que abriu espaço para o crescimento da desigualdade e exclusão social. Natalio Botana (2008, p.223-267), ao comentar em particular a situação da Argentina, revela também o caso brasileiro que vive não somente uma crise econômica de má distribuição de rendas, mas também uma crise de instituições. Demonstra que, com a eliminação da responsabilidade compartilhada pelo comportamento de fiscalização cidadã que combina direitos com deveres, persevera na América do Sul um Estado Hipertrofiado, incapaz de garantir direitos sociais:

With the elimination of the shared responsibility encompassed by fiscal citizenship insofar as it combines rights and obligations, what has emerged in its place is a sort of partial citizenship that coexists with a hypertrophic state that is unable to effectively fulfill the functions assigned to it by the political Constitution, namely, providing security, justice, national defense, education, health services and

social security... the political Constitution exists to guarantee legal fairness and equal rights, a weak economic constitution opens the way for social inequality to grow. (BOTANA, 2008, p.223).

Amartya Sen menciona a ética empresarial (2000, p.137), ao asseverar que “a economia do bem-estar pode ser substancialmente enriquecida atentando-se mais para a ética, e que o estudo da ética também pode beneficiar-se de um contato mais estreito com a economia.” (SEN, 1999, p.105). Faz análise sobre o escopo dos mercados no desenvolvimento do meio social, considerando que as pessoas podem interagir e dedicar-se a atividades mutuamente vantajosas, enaltecendo a complementaridade. Discorre sobre esse aspecto no contexto dos países em desenvolvimento, categoria em que se insere o Brasil, e afirma:

A necessidade de iniciativa da política pública na criação de oportunidades sociais tem importância crucial. Como já discutido, no passado dos atuais países ricos encontramos uma história notável de ação pública por educação, serviços de saúde, reformas agrárias, etc. O amplo compartilhamento dessas oportunidades sociais possibilitou que o grosso da população participasse diretamente do processo de expansão econômica. (SEN, 2000, p.170).

A população possui um papel fundamental no fortalecimento da responsabilidade social das empresas, uma vez que seleciona, no ato do consumo, aqueles produtos ou serviços que foram postos à disposição de forma responsável. Muhammad Yunus fala em responsabilidade social corporativa (2008, p.31), ao mencionar as empresas que exercem suas atividades de maneira sustentável, v.g. evitando a venda de bens defeituosos, sem lançar resíduos tóxicos no meio ambiente.

Atenta ainda para que os lucros de uma empresa responsável permanecem nela mesma e que essa atuação é uma forma de mudar o panorama empresarial (YUNUS, 2008, p.37), enaltece a importância da lucratividade para o seu desempenho normal. Para isso, esclarece:

Primeiro, a empresa social criada é auto-sustentável. Não há necessidade de se injetar capital adicional nela todos os anos. É uma empresa que caminha, mantém-se e desenvolve-se por si só. Uma vez estabelecida, ela cresce por conta própria. E assim o investidor obtém mais benefícios sociais para seu dinheiro. Segundo, os investidores de uma empresa social recebem seu dinheiro de volta. Depois disso, eles podem reinvestir na empresa original ou em uma empresa social diferente. Assim, o mesmo dinheiro pode trazer mais benefícios sociais. (YUNUS, 2008, p.39).

As mudanças de paradigmas nas empresas brasileiras são objetos de pesquisas realizadas pela FIESP, demonstrando que há um crescente esforço das empresas na abertura para a coletividade. Porém, conforme tais dados, as empresas ainda não levam em conta em suas estratégias a responsabilidade social. O balanço social ainda não parece estar organicamente inserido em um processo de planejamento estratégico e de desenvolvimento progressivo das práticas de responsabilidade social empresarial.

7 CONCLUSÃO

A importância da Responsabilidade Social das Empresas é crescente, requerendo mudança de estratégia empresarial e provocando melhorias na qualidade de vida dos funcionários, crescimento na produtividade, maior apoio dos investidores e formação de capital social. Hodiernamente a preocupação dos agentes investidores transpassa a obtenção de lucros, concilia a preservação do meio ambiente e projetos sociais. Deve-se deixar registrado que a responsabilidade social não exclui o lucro, mas racionaliza o uso dos recursos econômicos. A RSE significa a atuação empresarial a partir de uma geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimento tecnológico, movimentação de mercado econômico, aplicação dos lucros obtidos em reinvestimentos que fomentam o ciclo econômico.

A intervenção do Estado para incentivar a RSE tem sido significativa e se materializa nos benefícios fiscais, inclusão de obras sociais nas cotas de responsabilidade social das empresas. Aliado

a este fator, a cobrança da população e das instituições representa um papel importante nesta dinâmica econômica. O mercado consumidor assume a posição de liderança que define o processo de produção ao preferir no ato do consumo comprar mercadorias de empresas sustentáveis ao invés de outras que não respeitam as normas indicadoras da responsabilidade empresarial diante do ambiente sustentável.

Resta claro que a responsabilidade social das empresas resgata a sua própria função social, além da produtividade e do lucro, objetiva a qualidade nas relações com o público e constrói, desta forma, uma sociedade mais justa propiciando um desenvolvimento sócio-econômico satisfatório. Assim a RSE é ferramenta viável a dirimir o descontentamento social global causado pelo capitalismo de mercado transnacional. A sua efetivação está estreitamente relacionada com a conscientização do escopo do mercado consumidor e constitui projeto de desenvolvimento compartilhado. A construção de uma sociedade mais justa e igualitária é dever e compromisso individual e coletivo. É preciso provocar a conscientização do consumidor, para que vislumbre as formas de intervenção e o potencial de suas ações.

8 REFERÊNCIAS

BOTANA, Natalio R. Why institutions matter. Fiscal citizenship in Argentina and the United States. In: FUKUYAMA, Francis (Org.). **Falling Behind: Explaining the development gap between Latin America and the United States.** New York: Oxford. 2008, p. 222-

267.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília : UNB, 2001.

FIESP-CIESP. Núcleo de Ação Social. **Responsabilidade social empresarial: panorama e perspectivas na indústria paulista.** São Paulo: NAS, nov., 2005.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade.** São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GUIMARÃES, H. W. M. Responsabilidade social da empresa: uma visão histórica de sua problemática. **Revista de Administração de Empresas,** São Paulo, v. 24, n. 4, out./dez., 1984.

INSTITUTO ETHOS. Disponível em: <www.ethos.org.br> Acesso em: 26 set. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo,** São Paulo: Renovar , n. 212, abr./jun., 1998.

KUTTNER, Robert. O papel dos governos na economia global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.) **No limite da racionalidade.** Trad. Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 211-234.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da Filosofia.**

10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MELO NETO, F. P.; FROES, C. **Gestão da responsabilidade social: o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

MEZZANOTTI, Gabriela. **A disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social**. Rio Grande do Sul: Feevale, 2003.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REICH, Robert. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REIS, Carlos Nelson. A responsabilidade social das empresas: o contexto brasileiro em face da ação consciente ou do modernismo do mercado? **Revista Econômica Contemporânea**, Rio de Janeiro, maio/ago., 2007.

RICARDO, David. **Princípios da economia política e da tributação**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

RIZZATO, Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SMITH, Adam. **A Riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, v. I.

_____. **A Riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, v. II.

STARKE, Linda. As cinco etapas da evolução moral da empresa. In: RAY, Michael; RINZLER, Alan (Org.). **O novo paradigma nos negócios**. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 186-199.

VASCONCELOS, Marco Antônio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998.

VON HAYEK, Friedrich August. **O caminho da servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Ática, 2008.

GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS: DUMPING SOCIAL, CLÁUSULA SOCIAL E SELO SOCIAL

ECONOMIC GLOBALIZATION AND IMPLEMENTATION OF SOCIAL LABOR: SOCIAL DUMPING, STAMP AND SOCIAL SOCIAL CLAUSE

Ana Isabel Modena

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza - UNIFOR
Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista na
Faculdade Christus
Bacharel em Direito pela Faculdade Christus e em Ciências
Contábeis pela Universidade de Caxias do Sul.
E-mail: anaisabelmodena@yahoo.com.br

Alexandre Antonio Bruno da Silva

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo - PUC-SP
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC
Mestre em Computação pela Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro - PUC-RJ
Professor da Faculdade Christus
Professor da Universidade Estadual do Ceará - UECE
Auditor Fiscal do Trabalho

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 NEOLIBERALIS-
MO E GLOBALIZAÇÃO; 3 O DUMPING SOCIAL;
4 OS DESAFIOS DO DIREITO E O COMÉRCIO
INTERNACIONAL; 5 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL
DO COMÉRCIO E CONCORRÊNCIA INTERNA-
CIONAL; 6 CLÁUSULA SOCIAL E SELO SOCIAL;
7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFI-
CAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 NEOLIBERALISM AND GLOBALIZATION; 3 SOCIAL DUMPING; 4 THE CHALLENGES OF RIGHTS AND INTERNATIONAL TRADE LAW; 5 WORLD TRADE ORGANIZATION AND INTERNATIONAL COMPETITION; 6 SOCIAL CLAUSE AND SOCIAL SEAL; 7 CONCLUSION, 8 REFERENCES.

Resumo: O mundo globalizado carece de novos mecanismos para garantir os direitos do trabalhadores. O livre comércio levou a práticas nefastas como o dumping social. Através desta prática, alguns países submetem a classe trabalhadora a condições degradantes, possibilitando sua concorrência no mercado externo. Diante desse cenário, é necessário que seja efetivada a adoção de normas internacionais como a cláusula social, o selo social e outras medidas que impeçam essas práticas. Questão importante é saber qual a organização internacional competente para instituir, fiscalizar e aplicar sanções. O tema merece discussão. Atualmente a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Mundial do Comércio (OMC) atuam nessa atividade.

Palavras-Chave: dumping social. Cláusulas sociais. Selo social. Direito dos trabalhadores. Relações Internacionais.

Abstract: The globalized world needs new mechanisms to guarantee the rights of workers. The free trade has led to harmful practices such as social dumping. Through this practice, some countries submit the working class to degrading conditions, allowing its competition in foreign markets. In this scenario, it is required to perform the adoption of international standards as the social clause, stamps and other social measures to prevent such practices. Important question is which is the international organization to establish, monitor and enforce sanctions. The issue deserves discussion. Currently the International Labor Organization (ILO) and World Trade Organization (WTO) operate in this activity.

Keywords: Social dumping. Social clauses. Social Stamp. Labor Rights. International Relations.

1 INTRODUÇÃO

O Estado Social foi uma idéia acalentada no coração de todos aqueles que acreditavam na possibilidade da existência de uma organização política que fosse ao mesmo tempo capaz de preservar a liberdade e garantir as condições necessárias para o desenvolvimento conjunto de toda a sociedade.

A crise do Estado Social surge como uma imersão na

realidade que se apresentava. O Estado intervencionista passa a ser combatido. O liberalismo, com uma nova roupagem, grassa o mundo. Globalização e neoliberalismo surgem como uma onda irresistível. O Consenso de Washington (1991) passa a ser um consenso globalizado. O mercado revida os ataques sofridos pela utopia social. O Neoliberalismo concede a sustentação teórica para o movimento crescente de globalização.

Ainda sob a bandeira do Neoliberalismo começa-se a discutir a desregulamentação do Direito do Trabalho. Consequentemente suas regras poderiam ser "melhor" ditadas pelo mercado. A busca pelos mercados internacionais do mundo globalizado leva a minimização dos direitos trabalhistas historicamente instituídos. O dumping social surge como uma saída, senão legítima, tolerada. Os Estados Neoliberais buscam produzir mais, lucrar mais. Na sua pressa, esquecem de olhar o caminho que trilharam. Além de lucro acumularam miséria e pobreza.

Assim, a título de hipóteses, passa-se a questionar sobre a veracidade da afirmativa de que o mercado é capaz de se autorregular sem proporcionar efeitos sociais nefastos. Outro ponto a ser questionado trata-se do papel dos organismos internacionais na proteção e efetividade dos direitos trabalhistas. Verifica-se, também, a necessidade de que as normas em matéria de Direito do Trabalho passem a ser determinadas e administradas por tais organismos.

A pesquisa foi dirigida com o objetivo de verificar a crescente internacionalização das relações econômicas, o que exige que sejam repensados os institutos que protegem os trabalhadores, pois os mecanismos utilizados mostram-se frágeis, insuficientes, para contrapor as investidas daqueles que desejam concorrer no comércio internacional. O Estado-nação mostra-se impotente.

O presente estudo se justifica pela necessidade de conhecer os mecanismos internacionais de proteção aos direitos trabalhistas em um mundo globalizado. Para tanto, fez-se necessário um breve estudo sobre os ataques aos direitos trabalhistas ocasionados pela disputa do mercado internacional e as medidas possíveis para contrapor esse movimento.

No plano metodológico, além de vasta leitura doutrinária

específica sobre o tema e uma pesquisa legal, buscou-se a consulta a alguns artigos dispostos em periódicos e na rede mundial (Internet), tudo devidamente citado no corpo do texto e nas Referências Bibliográficas.

Em face dessas considerações, procura-se contribuir, com este estudo, para o entendimento das questões relacionadas à proteção do trabalhador em um mundo globalizado e da importância dos organismos internacionais diante dessa tarefa.

2 NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO

A crise do Estado Social e a emergente globalização criaram um ambiente propício ao ressurgimento dos valores e ideais liberais. O Neoliberalismo, em sua cartilha ideológica, trouxe como propostas essenciais programas de ajustes e estabilização da economia, tutelados por agentes financeiros internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. Alice Monteiro de Barros (2005, p. 80) discorre sobre o assunto manifestando que:

A década de 90 reflete uma política neoliberal, com o abandono do conceito de Estado do Bem-Estar Social. Enquanto se privilegiam os grandes grupos econômicos, as pequenas e médias empresas quebram em decorrência do dano causado pelas políticas econômicas. A saúde, a educação, a segurança, a previdência são relegadas a um plano secundário.

O Neoliberalismo, nessas bases, fortalece uma globalização "imposta pelos fatos", privilegiando a propriedade privada e as grandes corporações desenvolvidas por processos tecnológicos crescentes, que transformaram o mercado de trabalho e a produção de bens e serviços.

Nesse cenário, o capitalismo exigiu um afastamento do Estado no tocante ao intervencionismo social. Entretanto, ainda que atuando no campo econômico, sempre que a intervenção deste Estado assegurar os interesses financeiros e as exigências internacionais, ela seria permitida. Assim, sob o manto do Neoliberalismo, o Estado não desaparece, mas altera seu papel e até se fortalece na intervenção

econômica, em detrimento do atendimento das necessidades sociais e individuais da sua população.

No campo jurídico, as idéias neoliberais caminham no sentido de neutralizar as políticas sociais. A regulamentação jurídica passa a ser considerada um embaraço ao desenvolvimento do mercado e um mecanismo que atrasa o crescimento da livre iniciativa. Mauricio Godinho Delgado (2005, p. 98.) assim se manifesta:

Nesse contexto de crise econômica, tecnológica e organizacional, consolidou-se nos principais centros dos sistemas capitalista, mediante vitórias eleitorais circunstancialmente decisivas (Margaret Thatcher, na Inglaterra, em 1979; Ronald Reagan, nos EUA, em 1980; Helmut Kohl, na Alemanha, em 1982), a hegemonia político-cultural de um pensamento desregulatório do Estado do Bem-Estar Social. No centro dessa diretriz em prol da desregulação das políticas sociais e das regras jurídicas limitadoras do mercado econômico encontrava-se, por lógica decorrência, o Direito do Trabalho.

Os neoliberais pedem a desregulamentação do Direito do Trabalho, no intuito de que as suas regras passassem a ser ditadas pelo mercado. Na busca da eficiência e da qualidade total, chocam-se direitos dos empregadores com o dos empregados e, em nome da manutenção das empresas, tentam-se mecanismos de minimização dos direitos historicamente instituídos em prol dos trabalhadores.

Nessa situação, as políticas neoliberais continuam querendo produzir mais, lucrar mais e o desemprego assola as camadas mais desqualificadas, acumulando miséria e pobreza e aumentando as desigualdades sociais.

A 'industrialização endividada' da periferia, a 'modernização negativa' - que só fez destruir as estruturas tradicionais, sem oferecer, em troca, para a maioria da população, qualquer perspectiva mínima de vida humanamente digna (nem mesmo aquela de consumidor) -, apresenta-se para dois terços da humanidade como uma longa e tortuosa travessia, sem luz ao final do túnel. Some-se a tudo isso a recente política neoliberal de abertura de mercados, motivada pela acirrada concorrência entre firmas multinacionais, e que tem, ultimamente,

constituído-se em motivo de contestação por parte de grupos nacionalistas e de setores populares, que se vêem ameaçados em seus empregos e/ou ofícios tradicionais. Tais conflitos explodem em todos os quadrantes do globo, do México ao Oriente Médio, do Brasil à Índia. (MELLO, 2001, p. 263).

Observa-se que esse processo neoliberal, que obriga os governos ao redor do mundo a ele aderir, tem como efeito a ampliação do número de excluídos do sistema. O mercado não demonstra interesse na resolução desse problema, pois sua missão não é de fazer justiça social, mas de impulsionar a economia na produção de lucros. Arnaldo Süssekind (2000, p. 311) observa que:

Mais recentemente, o Papa João Paulo II considerou o neoliberalismo como um 'sistema que faz referência a uma concepção economicista do homem, considera os lucros e a leis do mercado como parâmetros absolutos em detrimento da dignidade e do respeito às pessoas' e o denunciou como 'lesivo à dignidade humana', por gerar 'um modelo de sociedade na qual os poderosos predominam, deixando de lado e até mesmo eliminando os mais fracos.'

A política neoliberal, que restringe o papel do Estado na distribuição de riquezas e regulamentação da economia, além de não fortalecer o Estado de Direito, cria dificuldades para que a normatização seja um válido e eficiente instrumento de organização da sociedade.

No tocante à esfera jurídica das relações de trabalho, há uma nítida substituição dos princípios jurídicos por princípios econômicos. Sob argumentos de que o Direito do Trabalho não se adequa a essa nova realidade econômica, prejudica-se um processo de construção e normatização de anos dos direitos fundamentais sociais.

3 O DUMPING SOCIAL

Dentro do contexto apresentado, conquistas trabalhistas históricas sucumbem diante da escassez de oferta de postos de trabalho. Há um quadro crescente de desemprego, capaz de provocar o desespero e a adesão a qualquer oportunidade de

trabalho, a qualquer preço e sob quaisquer condições.

Visando oferecer no mercado internacional produtos com preço competitivo, empresas buscam reduzir seus custos de qualquer forma. Para isso, utilizam-se da força de trabalho paga com salários aviltantes, jornadas de labor intermináveis, trabalho informal, trabalho infantil ou, até mesmo, escravo. Denomina-se esta prática de *dumping social*, ou seja, a busca de vantagens comerciais através da adoção de condições desumanas de trabalho.

O *dumping social* faz com que os salários e demais encargos sociais baixem para que o produto seja competitivo no mercado internacional. Trata-se de uma prática prejudicial e condenável, pois além de propiciar o desenvolvimento desleal do comércio, agride a dignidade da pessoa humana, submetendo os trabalhadores a condições de trabalho degradantes¹. Arion Sayão Romita (2005, p.204), ao tratar do assunto, afirma:

Os salários e os chamados encargos sociais constituem componentes dos preços dos produtos e, sendo eles mais baixos nos países em desenvolvimento do que nos países desenvolvidos, colocam os primeiros em vantagem sobre os últimos. A prática do *dumping social* representa, portanto, forma de concorrência desleal, além de redundar frequentemente em violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O reflexo do movimento da economia internacional sobre as forças nacionais promove medidas que levam ao *dumping social*. A competitividade dos produtos num universo globalizado exige a reformulação dos preços internos, o que leva à redução de salários e custos trabalhistas. O autor Mauro de Azevedo Menezes (2003, p. 244.) assim pondera sobre o assunto:

O abalo provocado pela globalização econômica na estrutura de proteção social alterou sensivelmente o perfil dos empregos, levando, dentre outros efeitos, às seguintes mudanças, enumeradas por José Eduardo Faria: a) emergência de novas profissões

¹ Dumping é a "venda de grande quantidade de um produto por preço muito baixo; venda de um produto no mercado externo por preço menor do que no mercado interno." MELLO, Maria Chaves de. Dicionário Jurídico português-inglês. 7 ed. Rio de Janeiro: Eflos Ed. 1998.

e especializações; b) mobilidade do trabalho e flexibilização de sua estrutura ocupacional entre setores, regiões e empresas, provocando o declínio dos salários reais; c) ampliação dos níveis de concentração de renda; d) acentuação do fosso entre os ganhos das várias categorias de trabalhadores; e) aumento do desemprego dos trabalhadores menos qualificados; f) esvaziamento da proteção jurídica contra o uso indiscriminado de horas extras, contra a modulação da jornada de trabalho e contra a dispensa imotivada; e g) redução dos benefícios de seguridade social, prestados pelo Estado e pelas empresas. Essas circunstâncias abriram caminho, segundo o autor, para a deslegalização das normas protetoras dos trabalhadores.

Nesse contexto, o desemprego e o subemprego proliferam. Segundo Arnaldo Süssekind (2000, p. 301-302), a preocupação de reduzir os custos da produção e dos serviços, não apenas pela utilização de nova tecnologia, mas também com a redução das despesas com pessoal, gerou alarmante desemprego, redução dos salários reais, maior exploração do trabalho infantil e supressão de programas empresariais de prevenção dos infortúnios do trabalho.

A relação entre a globalização neoliberal e o Direito é uma das questões mais importantes da contemporaneidade. Existe uma relação entre neoliberalismo e privação de direitos que para o contexto histórico se faz necessária. Faz parte, pois, da lógica interna do neoliberalismo restringir direitos. O neoliberalismo não pode se manter e se desenvolver em cenário no qual esteja aberta a instância da aquisição de direitos, o exercício da cidadania e a busca da ampliação de direitos. O neoliberalismo vai propagar que o aumento de direitos tem uma dimensão antieconômica. Que se o trabalhador incorpora alguns direitos, torna-se pesado, caro para a empresa, o que vai dificultar o poder de competição da empresa no mercado. Ora, como a competição é o valor maior, o que se deve fazer a bem do modelo é tornar a empresa cada vez mais enxuta. Daí que jargões vêm sendo empregados ao longo dos últimos tempos para eufemizar a retirada de direitos de servidores e trabalhadores: como, por exemplo, o "enxugamento da máquina", "cortar gorduras", dentre outras. (FURTADO, 2004, p. 272).

Implanta-se o medo, a ansiedade, a apreensão com o desconhecido. O Direito do Trabalho é levado a uma indeterminação, deixando de ser um instrumento de consolidação da proteção aos hipossuficientes, para se tornar um instrumento de adaptação das normas trabalhistas às conveniências do capital competitivo.

(...) E, diante dos profetas do fim da sociedade do trabalho, as estatísticas oficiais revelam que, ao lado do desemprego industrial em massa, cresce o número de sub-empregados, de trabalhadores precarizados (pela "flexibilização"), de biscateiros, de trabalhadores diretos sem vínculos trabalhistas, da utilização da mão-de-obra infantil, numa nova e global onda de lumpemproletarização. (MELLO, 2001, p. 263).

Assim, os efeitos da globalização, da mundialização do capital e do neoliberalismo em relação ao direito do trabalho e do papel do Estado na condução da economia são sentidos com muito mais intensidade nos seus aspectos nefastos. Não se observam movimentos para a construção de uma sociedade justa e solidária, mas de uma sociedade competitiva, que viu ampliar substancialmente o número de excluídos do sistema numa crescente proliferação de práticas como o dumping social.

4 OS DESAFIOS DO DIREITO E O COMÉRCIO INTERNACIONAL

O movimento de internacionalização das relações econômicas provocou um reestudo dos institutos que protegem os trabalhadores. Como se pode verificar, os mecanismos utilizados, até então, mostram-se frágeis, insuficientes, para contrapor as investidas de um comércio internacional sem fronteiras e sem bandeiras.

Numa dinâmica de relações econômicas globalizadas, os Estados perderam a capacidade de dirigir, unilateralmente, os rumos de sua economia. No mundo globalizado agem, concorrentemente, diversos outros atores detentores de um poder que ignora as fronteiras e comandam as atividades econômicas mundiais. A soberania estatal se encontra obrigada a, por vezes, subordinar-se a um poder paralelo, que acaba por fragilizar suas prerrogativas.

Segundo Érika Maeoka (2008), em razão da expansão mundial das relações comerciais, gradativamente, as fronteiras entre os Estados desaparecem, perdendo-se a soberania para legislar sobre questões econômicas. As normas internacionais em matéria de direito econômico passaram a ser determinadas e administradas por organismos internacionais, sendo discutidas em foros globais. Opera-se um sistema verticalizado, no qual as economias preponderantes comandam as regras do jogo conforme suas prioridades, não poucas vezes afrontando os direitos dos trabalhadores.

Fácil ver que a proteção concedida apenas pelo ente estatal sucumbe diante dessa nova realidade. Para que se tenha êxito nas mudanças do atual cenário, em que as forças econômicas ultrapassam as fronteiras nacionais, exige-se o alargamento da cooperação internacional.

Contrariamente ao que afirma o ultraliberalismo, há fortes razões para supor que pelo menos uma determinada classe de problemas – aqueles relativos a políticas de redistribuição – necessita da intervenção do Estado, tanto hoje, como no passado. Na situação atual, isso parece requerer a ajuda de conjuntos de regras internacionais, na medida em que o Estado-nação não pode mais, sozinho, produzir e impor suas regras. Assim, os processos de mercado, livres do controle estatal, tendem a fazer com que a soberania dos estados constitucionais, e até sua legitimidade democrática, degenerem, paulatinamente, em farsa (MÜLLER, 2008).

O Estado-nação não pode mais, sozinho, produzir e impor suas regras, pois os processos de mercado, livres do controle estatal, tendem a fazer com que a soberania dos estados constitucionais, e até sua legitimidade democrática, degenerem, paulatinamente. A idéia de Estado-nação perde a sua base, apesar de ainda se falar de 'povo' ou 'nação', o fato é que a sociedade individualisticamente diferenciada está em vias de tornar-se uma única sociedade mundial (MÜLLER, 2008).

As dissonâncias entre a imposição do capital transnacional e as conquistas históricas representadas pela proteção nacional dos

trabalhadores expõe as mazelas do sistema. Desse modo, ressalta-se que a desestruturação do Estado-nação sinaliza que o ente Estatal, por si só, não tem completa autonomia para proteger a classe trabalhadora do movimento de forças hegemônicas transnacionais.

Encontra-se superada a fase em que as negociações sobre política comercial se concentravam, exclusivamente, no impacto que o comércio exercia no interior das fronteiras nacionais, o que colocava no centro do debate a questão das barreiras alfandegárias e não-alfandegárias. Os problemas comerciais mais relevantes requerem agora a capacidade de lidar com a profunda e complexa integração entre as múltiplas políticas governamentais. Esse fato realça a estreita conexão entre mecanismos de tutela dos direitos humanos, regimes trabalhistas e políticas comerciais. (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 132-134).

Visando atrair o volúvel capital estrangeiro, alguns países optam por reduzir os direitos sociais garantidos aos seus trabalhadores. Esse movimento do capital não representa um avanço, pois há sempre a possibilidade da fuga desses investimentos, levando ao desaparecimento de diversos postos de trabalho, criados artificialmente a custa dos direitos dos trabalhadores.

Os Estados não tem o livre poder de onerar o capital que sai de um país, deixando um rastro, atrás de si, de milhares de desempregados. O capital, como fator de produção, está sempre livre para negociar a estruturação de mercados de trabalho propícios à exploração. As regras de proteção estabelecidas pelos Estados nacionais mostram-se incapazes de assegurar os direitos trabalhistas nessa nova realidade.

A efetivação dos direitos trabalhistas e as políticas de desenvolvimento nos limites nacionais também passaram a sofrer forte influência da economia globalizada. Os Estados, por si só, já não conseguem cumprir as suas políticas públicas a contento, encontrando-se condicionados ao funcionamento da ordem econômica mundial.

O reflexo das disparidades de regimes trabalhistas no comércio internacional passou a merecer atenção em virtude do entrelaçamento dos mercados facilitado pelo fenômeno da globalização econômica, pelas altas taxas de desemprego no mundo desenvolvido e pelo desconforto moral provocado pela obtenção de vantagens comparativas graças a condições de trabalho indignas e até mesmo degradantes (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 132-134).

Os mais relevantes problemas comerciais necessitam da capacidade para ponderar satisfatoriamente os interesses das mais diversas políticas governamentais. Não se pode olvidar da grande conexão existente entre a proteção dos direitos humanos e o funcionamento da economia mundial. A busca pela competitividade no comércio internacional provocou, ao longo das últimas décadas, uma verdadeira desestruturação dos direitos trabalhistas.

Tendo em vista contrapor os efeitos provocados pela concorrência no mercado internacional, que solapa a justiça interna de proteção do trabalhador, tornou-se necessária a busca por novos instrumentos. A complexidade dos diversos fatores envolvidos na esfera do comércio mundial impossibilita o sucesso de uma correção das distorções sociais por um único Estado. A exclusão social é uma realidade que atinge a todos.

A atividade comercial ultrapassou, como nunca, as fronteiras estatais. A resolução dos problemas advindos dessa realidade deve seguir o mesmo caminho, quebrar fronteiras. Assim é que o Direito Internacional do Trabalho além de ter sua antiga função de proteger o indivíduo em face das regras internas, deve proteger o trabalhador da crescente relativização da soberania estatal, provocada pelo predomínio dos interesses econômicos internacionais em relação aos interesses internos de cada país. Passa-se, em seguida, a verificar os instrumentos de alcance internacional que permitam tratar a questão sob a perspectiva de um problema global.

5 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL

Até o século XIX, o sistema do comércio exterior funcionava com base nas legislações nacionais de cada Estado. Alguns países usavam os acordos bilaterais, não existindo um sistema internacional de comércio, sendo que o funcionamento do comércio exterior dependia da cooperação dos principais países poderosos.

Esse sistema entrou em colapso durante as duas guerras mundiais. Após a Segunda Guerra Mundial, países como os EUA e o Reino Unido desenham uma ordem internacional econômica baseada no sistema internacional de livre comércio.

O sistema atual foi baseado no acordo multilateral estabelecido na Conferência Bretton-Woods, de julho de 1944. No dia 27.07.1944 o Acordo Bretton-Woods foi celebrado, entrando em vigor em 27.12.1945, resultando na criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), e, posteriormente, na criação do Acordo Geral sobre o Comércio e Serviços (GATT). Como resultado das negociações da Rodada Uruguai (1986-1993) do GATT, a Organização Mundial do Comércio (OMC) foi criada em janeiro de 1995.

A atividade da OMC tem por parâmetro os princípios do comércio internacional, desenvolvidos e consolidados em acordos comerciais estabelecidos nas oito rodadas de negociações multilaterais no âmbito do GATT. Considerando-se a mais relevante a Rodada Uruguai, iniciada em 1986 e finalizada em 1993. Os acordos foram firmados em cerimônia em *Marraqueche*, no Marrocos, em abril de 1994.

Importante realçar as diferenças entre o GATT e a OMC. O primeiro, origina-se do período posterior a Conferência de *Bretton Woods*. Consiste em um acordo entre Estados, visando a elaboração de um projeto de liberalização econômica do comércio internacional. A segunda, é uma organização, com personalidade jurídica, constituída por membros.

A estrutura legal da OMC engloba as regras estabelecidas pelo

antigo GATT, as modificações efetuadas ao longo dos anos e os resultados das negociações passadas de liberalização do comércio.

Os principais objetivos da Organização Mundial do Comércio são a elevação dos padrões de vida, o pleno emprego, a expansão da produção e do comércio de bens e serviços, a proteção do meio ambiente e o melhor aproveitamento dos recursos naturais. Além disso, preza por um maior esforço para propiciar uma maior participação dos países periféricos no comércio internacional.

Para executar os seus objetivos a OMC tem por atribuição administrar a implantação e operação de acordos comerciais multilaterais e de servir como foro para as negociações multilaterais, solucionando possíveis controvérsias. Administra, ainda, o mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais (Trade Policy Review Mechanism), que é o responsável por avaliar periodicamente as políticas de comércio exterior dos seus membros, visando dar transparência ao sistema de comércio global.

6 CLÁUSULA SOCIAL E SELO SOCIAL

Visando proteger alguns direitos sociais dos trabalhadores passaram a ser inseridas nos acordos comerciais as denominadas "cláusulas sociais", também conhecidas como normas sociais. Esse tipo de norma, além de promover uma padronização mínima dos direitos assegurados aos trabalhadores, por vezes estabelece prêmios ou penalidades segundo o comportamento do país signatário em relação aos seus trabalhadores.

Assim, considera-se que as cláusulas sociais atuam em duas vertentes. A primeira, de maneira negativa, prevê a aplicação de sanções punitivas ao país que não promove aos seus trabalhadores as condições mínimas de vida. Em sua vertente positiva, premia aqueles países que cumprem as determinações das cláusulas sociais, colocando-os em posição favorável no comércio internacional.

Além das cláusulas sociais, o comércio internacional passou a adotar o "selo social", que consiste na utilização de etiquetas dos produtos de determinado país que para os produzir respeitou as normas internacionais relativas ao trabalho.

As cláusulas sociais e o selo social são medidas *antidumping* destinadas a proteger os direitos trabalhistas. São expedientes utilizados em negociações comerciais internacionais quem têm como objetivo vetar a compra de produtos produzidos por países que não garantem tais direitos.

No século XVIII, um dos ministros da Rainha Anne, da Inglaterra, levou à Sua Majestade o argumento que o Estado deveria criar barreiras a produtos produzidos na Índia. Ele questionava como os produtos ingleses poderiam competir com mercadorias indianas, de preço notoriamente inferior, se o trabalhador inglês recebia um salário 10 vezes maior que o profissional indiano, que além da baixa remuneração tinha carga horária mais extensa. Isso deixava elevado o preço do produto britânico e o tornava nada competitivo no mercado nacional. A barreira sugerida pelo ministro inglês tornou-se uma manifestação pioneira de medida *antidumping* no mundo, uma das primeiras decisões de restrição ao dumping, estratégia de mercado que consiste em oferecer um produto de exportação com valor inferior ao praticado no mercado de determinado país. (ANCHISES, 2008).

Como já vimos, a prática do *dumping* tem por objetivo retirar do mercado outros concorrentes, chamando atenção do mercado consumidor através de um preço notoriamente mais baixo, desleal. A medida *antidumping* serve como uma salvaguarda contra esse tipo de situação. Em termos de *antidumping* social, o argumento da cláusula social surgiu com maior força a partir da Rodada Uruguai.

Atualmente, a China é um dos países que mais teve seus produtos vetados em negociações comerciais, devido às cláusulas sociais. Alguns países alegam que os empresários chineses não respeitavam os direitos trabalhistas e que o país se servia de mão-de-obra carcerária para fabricar produtos.

Dados da OMC mostram que, no período entre 1987 e 2000, foram iniciadas 357 medidas *antidumping* contra a China, 75% provenientes de seis países: Estados Unidos, México, Argentina, Austrália, Índia e União Européia. O número supera amplamente o segundo colocado, os Estados Unidos, que no mesmo período passou por 260 investigações. O uso

dessas medidas contra a China exerce uma pressão tão grande sob a sua economia que o assunto foi condição essencial na assinatura do protocolo de admissão do país na OMC, em novembro de 2001 (ANCHISES, 2008).

Países que exploram seus trabalhadores tendem a produzir com valores mais baixos, o que incomoda o mercado internacional. Ao que parece, foi exatamente por isso, que os países desenvolvidos passaram a utilizar o argumento da necessidade da inserção nos contratos comerciais, de cláusulas que exigem o respeito a padrões trabalhistas mínimos. Conforme o mencionado autor, seria impedida a obtenção de vantagens de produção conseguidas com a superexploração da mão-de-obra.

A estratégia seria um estímulo para a melhoria das condições de trabalho, diminuindo a exploração dos profissionais. Entretanto, embora pareça nobre a causa, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico avaliou como improcedente o uso desse tipo de cláusula².

Embora pareça nobre a causa, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico avaliou como improcedente o uso desse tipo de cláusula. O órgão baseia-se no fato de não haver evidências de que países com baixos índices de cumprimento dos direitos trabalhistas tenham melhores patamares de exportação global do que aqueles que respeitam o trabalhador. Também leva em conta a não comprovação de que a liberação comercial sempre é acompanhada de violações ao direito de livre associação. Pelo contrário, a Organização diz que existe uma associação positiva entre bem sucedidas reformas comerciais e melhorias nos padrões trabalhistas fundamentais. Além disso, o respeito ou não a esses padrões não tem sido fator importante na decisão de onde instalar empresas multinacionais (ANCHISES, 2008).

² Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional e intergovernamental que agrupa os países mais industrializados da economia do mercado. Tem sua sede em Paris, França. Na OCDE, os representantes dos países membros se reúnem para trocar informações e definir políticas com o objetivo de maximizar o crescimento econômico e o desenvolvimento dos países membros (<<http://www.cgu.gov.br/ocde/sobre/index.asp>>).

No Brasil, por parte do governo, não há a adoção do expediente das cláusulas sociais nas negociações internacionais. Houve apenas um acompanhamento das discussões sobre o tema ocorridas na Conferência Mundial da OMC, em Cingapura, em dezembro de 1996. Na oportunidade, o então ministro das Relações Exteriores, Luiz Felipe Lampreia, afirmou que o uso das cláusulas sociais como instrumento de garantir que direitos trabalhistas fossem respeitados, não seria uma prática adotada e estimulada pelo Estado brasileiro, uma vez que essa prática poderia estimular que medidas protecionistas e unilaterais fossem utilizadas.

Na prática, invocar padrões trabalhistas para regular o comércio internacional poderia abrir o caminho para um sem-número de medidas e práticas de caráter nitidamente protecionista -- inclusive unilaterais (...). O social se transformaria em justificativa para a proteção abusiva de setores que se sintam prejudicados pela concorrência de produtos oriundos de outros países. Os padrões trabalhistas serviriam não ao propósito de promover melhorias nas práticas dos países afetados, mas simplesmente para disfarçar novas medidas de protecionismo, novos gestos de satisfação aos trabalhadores que enfrentam o fantasma do desemprego estrutural. (LAMPREIA, 2008).

Segundo o citado autor, o social poderia se transformar em justificativa para proteção abusiva de setores que se sentem prejudicados pela concorrência de produtos de outros países. Os efeitos punitivos dessas medidas poderiam afetar áreas em que não se verificam baixos padrões trabalhistas, mas sobre áreas que competem com vantagens no mercado internacional. Empresas e trabalhadores de setores competitivos poderiam ter que pagar por problemas de outros setores ou regiões específicas.

Luiz Felipe Lampreia (2008) defende que esses problemas deveriam ser corrigidos e enfrentados com os instrumentos apropriados, como as convenções da OIT, a legislação interna, a aplicação da justiça, as reformas sociais e econômicas. Constituindo-se um erro de graves conseqüências comerciais, econômicas e sobretudo sociais achar que "nossa lição de casa em matéria social pode ser substituída pela cláusula social".

Na Conferência Mundial de Cingapura foi definido que o foro de discussão dos padrões trabalhistas nas questões comerciais caberia a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Sendo da competência exclusiva da Organização Internacional do Trabalho regular, fiscalizar e monitorar o cumprimento dos padrões trabalhistas. Essa posição foi ratificada cinco anos depois, em outra Conferência Ministerial da OMC. Entretanto, acreditamos que essa discussão está longe de ser considerada irrelevante.

Enquanto a discussão da legitimidade da cláusula social continua, o Brasil busca enquadrar-se nas decisões internacionais de valorização do trabalhador. Em 1998, o Governo brasileiro ratificou sete das oito convenções fundamentais dos direitos trabalhistas, com exceção daquela que trata da liberdade sindical devido a uma incompatibilidade com a Constituição Federal. Além disso, o Brasil se comprometeu no mesmo ano, na Conferência Internacional do Trabalho, a cumprir os termos da Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, prevenindo seus trabalhadores e o mercado nacional dos efeitos de cláusulas sociais contra o País e participando das discussões sobre o tema na OIT. (ANCHISES, 2008)

Acredita-se que o alargamento da discussão possa trazer bons frutos. A mera inclusão de cláusulas sociais não parece resolver o problema, além de criar um outro. O conceito de Responsabilidade Social, que se segue a via contrária das leis do mercado, vai ao encontro da ética. Através da implementação deste conceito, alia-se o crescimento econômico ao desenvolvimento social de uma empresa e de seus empregados. Uma postura ética impõe que as empresas contribuam com outro tipo de desenvolvimento, de caráter inclusivo, que não tenham como métricas, somente os indicadores econômicos, mas principalmente, os indicadores sociais.

A empresa socialmente responsável não se limita a seguir as normas trabalhistas internas e aquelas veiculadas pela Organização Internacional do Trabalho. Ela investe no desenvolvimento pessoal e profissional de seus trabalhadores, através do incremento das condições de trabalho e no estreitamento de suas relações internas. Afasta-se assim das condições mínimas gerais, veiculadas por essas

normas, projetando-se para a realização do trabalhador como indivíduo social. Neste prisma, fomenta-se a cultura local, a ética e a cidadania das minorias e instituições que representam seus interesses.

7 CONCLUSÃO

Constata-se que o Direito, no mundo contemporâneo, encontra-se influenciado pela ideologia neoliberal. A certeza de que reformas são necessárias e de que a realidade social é dinâmica, não se pode afastar, assim como não se pode afastar o fato de que as novas políticas econômicas não implementaram o desenvolvimento social esperado.

No tocante aos direitos conquistados, alterações sempre acontecerão, mas é axioma que as reformas no modelo normativo sejam estabelecidas no intuito de conferir uma proteção mínima a todos os trabalhadores, abaixo da qual, não se concebe a dignidade do ser humano.

Para a adequada solução dos problemas advindos da globalização neoliberal, faz-se necessária uma reestruturação política, social e econômica, pois a redução de vantagens trabalhistas não pode ser considerada um mecanismo capaz de aumentar as taxas de trabalhadores com vínculo empregatício e nem capaz de aumentar o número de postos de trabalho.

Temas como o *dumping social* e as cláusulas sociais trazem à tona grandes divergências e discussões, tanto de ordem doutrinária como de ordem organizacional e institucional. Isso se deve pelo fato de ainda não existir um consenso sobre esse instituto, principalmente porque envolve dois fatores de maior importância para o crescimento de um país, que são os fatores econômicos e os fatores de produção, neste caso os trabalhadores.

Existem vários tipos de *dumping*, no âmbito do direito laboral o *dumping social* merece maior atenção pelo fato de envolver diretamente a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, os quais são garantidos internacionalmente. É através desta prática que certos países, desrespeitando as condições mínimas de trabalho,

concorrem no mercado externo com preços significativamente reduzidos.

Os países centrais estão cada vez mais empenhados no sentido de que seja efetivada a adoção de normas supranacionais que impeçam essas práticas. Já os países periféricos, inclusive o Brasil, temem a adoção de normas universalizadas em razão das gritantes diferenças existentes no mundo globalizado. Entretanto, mesmo estes, defendem a existência de padrões mínimos a serem instituídos por organizações internacionais e seguidos internacionalmente.

Os países periféricos acreditam que os países desenvolvidos se utilizariam de forma indiscriminada dessas medidas para proporcionar a proteção exagerada de seu mercado interno. A proteção dos trabalhadores seria usada como medida protecionista por países que têm melhores condições econômicas e sociais.

Questão importante é como os direitos fundamentais dos trabalhadores serão protegidos, qual seria a Organização Internacional competente para instituir, fiscalizar e aplicar sanções. A dúvida envolve a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Há uma tendência para que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) seja o órgão competente. Mesmo não tendo meios persuasivos e coercitivos sobre os Estados-membros, possui um importante instrumento de defesa dos cidadãos, que é a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, além de ser hoje o órgão mais representativo do complexo da Organização das Nações Unidas (ONU).

Este documento aponta quatro princípios fundamentais de proteção aos trabalhadores, que foram instituídos a partir de Convenções Internacionais, quais sejam: princípio da liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; princípio da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; princípio da abolição efetiva do trabalho infantil; princípio da eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Apesar de não possuir meios de proibir as práticas ilegais e o desrespeito a estes princípios, a Organização Internacional do

Trabalho (OIT) tem meios de coibir moralmente os países infratores, deteriorando sua imagem perante o cenário internacional.

8 REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto. **Cláusula social**: um tema em debate. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 36, n. 141, jan./mar.1999, p. 132-134. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_141/r141-11.pdf>. Acesso em: 22 nov 2008.

ANCHISES, Nara. **Cláusulas Sociais**: defesa dos interesses de quem? Disponível em: <www.anamatra.org.br/publ/periodicos/ver_anamatra/rev_template_int.cfm?cod_mat=195>. Acesso em: 22 nov 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr, 2004.

LAMPREIA, Luiz Felipe. **A cláusula social no comércio internacional**. Disponível em: <<http://ftp.unb.br/pub/unb/ipr/rel/discmin/1996/3055.pdf>>. Acesso em: 28 nov 2008.

MAEOKA, Érika. **Os desafios do Direito do Trabalho no contexto da expansão do comércio internacional**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus>>. Acesso em: 28 nov 2008.

MELLO, Alex Fiuza de. **Marx e a globalização**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário Jurídico português-inglês**. 7 ed. Rio de Janeiro: Elfos Ed., 1998.

MENEZES, Mauro de Azevedo. **Constituição e reforma**

trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm>. Acesso em: 25 nov 2008.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho.** 3 ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

**EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE
EM DEBATE: PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO
DO RETROCESSO SOCIAL, TEORIA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL E ARGUMENTO DA
RESERVA DO POSSÍVEL**

**THE DEBATE ABOUT THE EFFECTIVE
ON HEALTH'S RIGHT: THE PRINCIPLE
OF PROHIBITION BACKSPACE SOCIAL,
THEORY OF EXISTENTIAL MINIMUM AND
THE ARGUMENT OF POSSIBLE'S RESERVE**

Vanessa Batista Oliveira Lima

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza - UNIFOR

Especialista em processo civil pela Faculdade Farias Brito
Advogada

E-mail: vanessa.oliveira.lima@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITOS SO-
CIAIS; 3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE; 4
PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL; 5 RE-
SERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL;
6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 SOCIAL
RIGHTS; 3 FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH;
4 PROHIBITION SOCIAL RETROCESSION; 5 RE-
SERVE OF THE POSSIBLE AND MINIMUM EXIS-
TENCIAL; 6 CONCLUSION; 7 REFERENCES.

Resumo: Tendo a Constituição Federal de 1988 reconhecido o direito à saúde

como direito fundamental, é necessário referir, em primeiro lugar, que as normas que o garantem têm aplicação imediata, na forma do § 1º do art. 5º do próprio texto constitucional. A saúde constitui um direito de todos e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. A saúde é direito social fundamental, e como tal deve ser exercido pelo Estado através da implementação de políticas públicas e sociais que o efetive. A Constituição Federal e o ordenamento infraconstitucional da Lei 8.080/90, reconhecem o dever do Estado para com o direito à saúde, já que, o cidadão, por intermédio do direito público subjetivo, está legitimado para o exercício das prerrogativas estabelecidas

Palavras-chave: Direitos sociais. Direito à saúde.

Abstract: Since the Federal Constitution of 1988 recognized the right to health as a fundamental right, it should be noted, first, that the rules must ensure the immediate application in the form of Paragraph 1 of art. 5 of the constitutional text itself. Health is a right of every citizen and a duty of the state and will be fully integrated public policies to government. Health is fundamental social right, and as such must be exercised by the state through the implementation of public policies and the social effect. The Federal Constitution and planning infraconstitucional of Law 8.080/90, recognize the duty of the state for the right to health, since the public through the subjective public right, it is legitimate to exercise the rights set out in legislation related, both at the administrative level and in court.

Keywords: Social right. Right to health.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fito discutir o papel dos direitos fundamentais frente à contemporânea teoria da constituição. Para tanto, adota o entendimento de que os direitos sociais, como o direito à saúde, estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida. Partindo desta premissa, mister se faz uma justificação e fundamentação acerca de quais benefícios traz tal entendimento ao destinatário final da Constituição. No segundo tópico explorar-se-á a fundamentalidade do direito à saúde. Tal direito, possui caráter prestacional, para ser efetivado necessita de políticas públicas, estando sujeito à reserva do possível mas em respeito ao direito à vida, o mínimo existencial há de ser observado.

Sabe-se que no modelo de Estado Democrático de Direito, como o do Brasil, no qual a tripartição de poderes é princípio vigente, o responsável por definir estratégias e alocar recursos para efetivar

prestações a abranger o direito fundamental à saúde é o Poder Executivo ou o Legislativo através de legislação infraconstitucional que fixe parâmetros para implementação de políticas públicas aptas a tal.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho tem como objetivo principal estabelecer a dialética entre argumentos pró e contra à efetivação do Direito à saúde, estabelecendo como focos da discussão a reserva do possível e o mínimo existencial. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica e documental. No que tange à tipologia da pesquisa é, segundo a utilização dos resultados, pura, pois não tem como objetivo mudanças na realidade, almeja-se apenas um acréscimo de conhecimento aos que dela venham a se utilizar. Segundo a abordagem é uma pesquisa qualitativa, pois seu critério não é numérico, visando apenas aprofundar e abranger os conceitos e teorias. No primeiro tópico Os direitos sociais, faz-se uma breve exposição sobre o respectivo conceito, com enfoque sobre os meios extrajudiciais de conflitos. Em seguida é feito um breve relato sobre o direito fundamental à saúde, enfatizando o pensamento da doutrina atual. No terceiro tópico discorre-se sobre o princípio da proibição do retrocesso social. Após será feita uma discussão sobre a interface entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

2 OS DIREITOS SOCIAIS

O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma nova categoria jurídica, é, precisamente, a força jurídica reconhecida a tais valores. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos os direitos fundamentais o *novum* que os identifica como uma categoria jurídica específica¹. Assim se caracterizam a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais (CF, art. 5o, § 1o), com a qual se relaciona a vinculação dos poderes públicos, bem como a inclusão dos direitos fundamentais no rol das "cláusulas pétreas" (CF, art. 60, § 4o, inc. IV). Ora, se o texto constitucional

¹ Sobre a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, direitos naturais, direitos da personalidade e outras categorias, cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. IV, pp. 282 e ss.

(art. 5º, par. 2º) faz uma abertura aos direitos fundamentais de tal forma que ficou expressamente previsto que é possível encontrar direitos fundamentais mesmo fora do vasto elenco do artigo 5º da Carta Magna concluem SCHWARTZ E BORTOLOTTI (2008) que tal abertura pretende não apenas declarar os direitos fundamentais mas, sobretudo, concretizá-los.

O Estado Social começa a ser delineado após a Constituição alemã de Weimar (1919). Como principal consequência do surgimento desta nova forma de Estado tem-se uma ampliação no conjunto dos direitos fundamentais, com alteração nas bases de interpretação dos direitos anteriores. Na lição de Carvalho Netto (1999, p.480):

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direito de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material.

Sobre o assunto dispõe a professora POMPEU (2005, p. 16) que o “debate sobre a realização dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, como os direitos prestacionais exigíveis judicialmente, deverá se operar individualmente via interpretação sistemática da Constituição”.

PECES-BARBA (1995) define o conjunto de Direitos Humanos como “Direitos Fundamentais” por entender ser a forma lingüística mais precisa e procedente, justamente por ser mais precisa do que a expressão direitos humanos e por poder abranger as dimensões destes direitos, sem incorrer nos reducionismos jusnaturalistas ou positivistas.

A professora LOPES (2001, p. 35) defende que as expressões

direitos humanos e direitos fundamentais não são sinônimas, pois se referem a instituições diferentes:

Direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente.

Segundo NEUNER (2006, p.343) a dignidade humana constitui o fundamento para a legitimação dos direitos humanos sociais. Complementando-a e concretizando-a apresentam-se diversos caminhos de fundamentação. Segundo a doutrina dominante, a dignidade da pessoa humana, enquanto direito positivo, funciona como centro e fundamento do ordenamento jurídico, matriz de todos os direitos fundamentais.²

Sobre os direitos sociais MOREIRA (1987, p. 129) assim dispõe:

Ao lado dos direitos de liberdade, algumas constituições incluem também normas atribuindo aos particulares certos direitos a prestações, direito não a uma omissão do Estado, mas antes a uma actividade ou prestação do Estado. São os chamados direitos sociais. Surgindo ao lado dos tradicionais direitos de liberdade das declarações revolucionárias liberais e de estrutura lógica e jurídica (e até espiritual e filosófica) diferente daqueles, os direitos sociais que ganharam dignidade constitucional depois da primeira guerra são a expressão de transformações econômicas e sociais [...]

Sobre a expressa disposição de direitos sociais na Constituição de 1988 lembra a professora PIOVESAN (1997, p. 61) que “Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais [...]” Para os professores

² Sobre os direitos fundamentais como concretizações da idéia de dignidade da pessoa humana, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, passim, esp. Cap. 4; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 516; Edilson Pereira Nobre, Colisão de Direitos Fundamentais – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, pp. 54 e ss;

ABRAMOVICH e COURTIS (2004, p. 22):

La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas, proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artísticos de la comunidad.

Conforme aponta CLÈVE (2006, p.94) os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e “com a plena efetividade dos comandos constitucionais.”

3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A partir da Constituição Federal de 1.988 a saúde passou a ser dever constitucional de todas as esferas do governo. O conceito de saúde foi ampliado e vinculado à políticas públicas sociais e econômicas. O art. 196 da Constituição traz elementos indispensáveis à compreensão da norma, pois, além de definir os titulares do direito e o destinatário principal do dever, traz um meio de atuação genérico e uma finalidade específica a ser alcançada. A saúde é direito de todos e dever do Estado, o que costuma ser amplamente frisado quando se trata do tema. Deve ser ressaltado que a saúde deve ser garantida mediante políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não pode-se negar que o direito à saúde está intimamente relacionado à proteção igualmente constitucional da dignidade da pessoa humana, que consta expressamente como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF) e conforme lição de SARLET (2005, p. 443), representa o “fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser”. LUÑO (2005, p.324) aduz que “La dignidad humana supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que

tiendem a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona[...].” Valioso ensinamento é o de PIOVESAN (1998, p.34), para quem:

o valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como direito fundamental social, veja-se a respeito o que diz SANTOS (2006, p. 37):

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Para SARLET (2005) há como sustentar a aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º, da CF, de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo. O direito à saúde inclui-se no rol dos direitos sociais conquistados na nova ordem constitucional, onde “conseguiram os constituintes prever a implantação de um sistema de proteção, com atendimento dos direitos básicos, sem os quais não se concebe vida humana digna” (MESTRINER, 1992, p. 110).

4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Como exposto, os direitos sociais já conquistados formam o patrimônio jurídico e social da humanidade, representam o pano de fundo da dignidade da pessoa humana. A ordem jurídica não pode retroceder em termos de direitos fundamentais. Veja-se lição de J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 320-321), a respeito do princípio do não-retrocesso social:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reacionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as crises económicas (reversibilidade fática); mas o princípio em análise limite a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p.245), ao tratar do princípio da proibição de retrocesso social:

[...] o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais têm sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projecção da dignidade da pessoa.

O princípio ora debatido, implícito no sistema jurídico-constitucional, é aplicável ao regime dos direitos fundamentais e reconhecido por boa parte da doutrina, Luís Roberto Barroso (2001, p. 158), assim define o referido princípio:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação.

O princípio da proibição de retrocesso social é comando dirigido ao legislador, que limita à sua atuação os direitos adquiridos garantidores do mínimo necessário à existência com dignidade. Segundo BOLZAN DE MORAIS e STRECK (2004) o Estado social de direito revela-se um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Para Lênio Luís Streck (1999, p. 31) este princípio "tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional."

5 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Ante a alegada escassez de recursos materiais e da real necessidade de equidade no acesso aos mesmos, será feita uma breve análise da discussão doutrinária que se trava sobre o problema da efetivação do direito social fundamental à saúde. A falta de recursos económicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema económico do país. Essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social.

No aspecto da hermenêutica, a dificuldade é que os denominados direitos sociais transitam pelas duas categorias de normas: os princípios e as regras. BARCELLOS (2002) propõe então a noção de mínimo existencial para a solução dos problemas jurídicos, procurando representar um subconjunto no interior dos

direitos sociais, econômicos e culturais menor – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado. Para SIQUEIRA (2008, P.161) adotar a versão brasileira de que “a reserva do possível justifica a não efetivação dos direitos sociais de aplicabilidade diferida é dar oportunidade de não se dar necessária eficácia a esses direitos”.

Tratando sobre a dificuldade em efetivar os direitos sociais trata SARMENTO (2003, p.391) sobre a reserva do possível:

[...] Não há como ocultar o fato de que os direitos sociais ensejam maiores dificuldades para a sua afirmação concreta do que os direitos liberais. Por um lado, existe a resistência ideológica: pela sua vocação para a promoção da justiça distributiva, os direitos sociais acenam para uma transformação do status quo, e por isso mobilizam contra si os interesses de extratos privilegiados da sociedade que não desejam mudanças. Mas há também graves obstáculos operacionais na medida em que os direitos sociais, em razão da sua natureza eminentemente prestacional, carecem de recursos públicos que são escassos. Diante disso, afirma-se que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, pois sua efetivação encontra obstáculos em limites fáticos muitas vezes insuperáveis. Não basta que o voluntarismo de um texto constitucional prometa utopicamente mundos e fundos, pois do papel à realidade concreta medeia uma distância que muitas vezes não há como transpor.

A doutrina divide-se quanto à natureza jurídica da denominada “reserva do possível”, não é objeto deste estudo proceder análise profunda sobre este ponto, mas a título de esclarecimento vale transcrever apontamentos feitos por OLSEN (2006, p.210), leia-se:

Ao longo do quanto já foi exposto, é possível afirmar, em um primeiro momento, que a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se uma certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz

necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao tratá-la como condição de realidade. Neste sentido, faz-se necessário, ainda que brevemente, afastar alguns termos em virtude de sua impropriedade em relação ao tema.

[...] parece inadequado conceber a reserva do possível como esta espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identificá-la como um princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. Em verdade, o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social. [...] Diante deste quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais.

A questão da ausência de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações sempre desafiou os operadores do direito. Pode o Direito oferecer uma resposta segura para situações em que os recursos sejam limitados? Pode apontar uma solução para a quem o Estado deva atender ou não atender em um cenário de falta de meios econômicos para a satisfação de todos?

Sabe-se que a imediata aplicabilidade dos direitos prestacionais pode encontrar limites na chamada “reserva do possível”. Já que tais direitos fundamentais, para serem concretizados, implicam necessariamente a alocação, distribuição e mesmo criação de recursos e bens materiais, comportando-se, nesse aspecto, como um direito de defesa. Como dito, a dignidade da pessoa humana além de um princípio fundamental é um dos fundamentos do Estado brasileiro, visa garantir um mínimo existencial aos indivíduos dentro de um critério pautado na razoabilidade.

A cláusula da 'reserva do possível', exceto em casos especialíssimos, não deve ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Não se pode considerar os direitos fundamentais sociais como meras pretensões sem o respectivo dever por parte dos poderes públicos. Daí a correta ponderação de BARCELLOS (2000, p. 245-246) :

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. (...) Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Sobre a interface entre direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, leciona o professor Marcelo Lima Guerra (2008, p. 55)

No Estado Social, a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha destaque e relevância. A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade, traduzida na efetiva assecuração, a quem trabalha, da contraprestação, cujo núcleo básico é o estípcio

de salários, condição indispensável para viabilizar existência digna.

PANSIERI (2006, p.270) aduz que a reserva do possível é "outro condicionante importante à implementação dos direitos sociais" completa seu raciocínio acrescenta que a implementação dos direitos sociais dependerá do nível de desenvolvimento econômico, social, científico, cultural de cada Estado. Por essa razão os direitos sociais são de satisfação progressiva. Mas isto não significa que os direitos sociais somente serão implementados de acordo com os recursos ditos disponíveis pelos administradores; verificar-se-á a aplicação dos mínimos exigidos pela Constituição, bem como a *impossibilidade de retrocesso social*.

Ocorre que como bem ressalta BARROSO (2001) a Carta Política de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, caput, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a toda pessoa que dela necessite. O direito à saúde, como dito, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. É a consagração da teoria do mínimo existencial de dignidade humana. Isto é, há um ponto do qual nem mesmo os desfavorecidos podem ser afastados, de modo que fazem jus, ao menos, aos direitos considerados mais básicos ao ser humano, como o direito à saúde, à liberdade e à vida.

Sobre o mínimo existencial adverte GRINOVER (2008, p. 15) que os "direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF/88) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas" contêm um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a dignidade humana.

O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado. O argumento da reserva do possível só poderia ser aceito, caso o Estado demonstrasse, satisfatoriamente, a

eficiência da administração pública (o que pressupõe a maximização dos recursos), a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos e o não-desperdício dos recursos existentes. Parece utópica tal demonstração já que salta aos olhos do senso comum a má utilização de recursos, só por demonstração não seria mais sensato, legal e ético que alocação de recursos para a veiculação de propagandas do governo, fosse transferida para a concretização de direitos fundamentais sociais, tal como a saúde, de forma a concretizar a Lei Fundamental. A efetivação do mínimo existencial, cuja vinculação decorre do comando normativo constitucional, é um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro. O mínimo existencial se revela como núcleo básico tanto do princípio da dignidade humana quanto dos direitos sociais prestacionais, objetivando o alcance da justiça social, que é o cerne da função distributiva do Estado.

6 CONCLUSÃO

O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, e indissociável do direito à vida que por sua vez é intrinsecamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que encontra-se arrolado na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental (art. 1º, III).

Como salienta Antônio Henrique Pérez Luño (1993, p. 215), os direitos sociais, denominados por Norberto Bobbio (1992) como de segunda geração, exsurgem do reconhecimento de que liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos, o que condiz com a idéia de mínimo existencial garantido por meio da intervenção positiva do Estado. Disto extrai-se a essencialidade dos direitos sociais e a relevância jurídica enquanto bens tutelados pela Carta Magna, a saber direito a educação, ao lazer, ao trabalho, à moradia e à saúde. Todos estes direitos estão contidos no mínimo existencial englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, é sabido que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos constitucionalmente consagrados, cujo primado, em

um Estado Democrático de Direito como o vigente no Brasil, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. O argumento da reserva do possível não pode representar restrição à efetivação do direito à saúde, sob pena de ofensa ao mais importante dos direitos: o direito à vida, pois é deste que decorrem todos os outros. Sem direito ao efetivo direito à saúde não há que se falar em dignidade da pessoa humana, pois a existência daquele é requisito para a ocorrência real deste último.

6 REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Prólogo de Luigi Ferraioli. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, Trad. por Luís Afonso Heck, **Revista de Direito Administrativo**,-- n. 217/67, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, **Revista de direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, v.3 n. 32, 2006.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. **A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro**. Interesse Público, v. 19, n. 51, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito**. Revista de Direito Comparado, v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, mai./1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 14, n. 54, p. 30, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 11-22.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em < [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm) >. Acesso em: 28 dez. 2006.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, maio de 2.001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de processo** 2008 RePro 164 ano 33 out/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. **Juslaboralismo crítico**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia de Letras, 1988.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cougo. Princípios de direito e de justiça na distribuição de recursos escassos - **Revista Bioética**. Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 14, nº 1 - 2006.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

MASTRINER, Maria Luiza. **Assistência e seguridade social: oposições e aproximações**. Dissertação (Curso de Pós-graduação strito sensu) - Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica, 1992.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção - In: DIDIER Jr, Fredie. (Org.) **Ações constitucionais**. 2. ed. Salvador: PODIVM,

2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.v. I.

MORILLO Joaquín García, **La protección judicial de los derechos fundamentales**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1994.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais – In: **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 7 – jan/jun de 2.006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de mestrado. Disponível em: <www.capes.org.br> Acesso em: 18 out. 2008

PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Org.). **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. (p. 265-273)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sócias e econômico no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Org.). **Democracia, direito e política: Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Rio de Janeiro - São Paulo -

Fortaleza: ABC Editora, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Andrea Alves dos. **Poder judiciário e políticas públicas**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em 07 out. 2008.

SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. (p.219-232). **Revista de informação legislativa**. Senado Federal. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas. Ano 45. n. 177. jan.-mar./2008.

SANTOS, Ademir Ap. Falque dos. **A tutela antecipada e o direito à vida**. Publicado no Juris Síntese nº 59 - MAI/JUN de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social In: SAMPAIO, Jose Adércio Leite (Cordenador). **Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias.(p. 257-264). **Revista de informação legislativa**. Senado Federal. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas. Ano 45. n. 177. jan.-mar./2008.

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

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Os vinte anos da

constituição Brasileira: da reserva do possível \`proibição\` de retrocesso social In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello. (coordenadores) **Uma homenagem aos 20 anos de constituição brasileira.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário.** Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: CÔPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA Leonel Severo. (Org.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. (p. 1-p.73)

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TESSLER, Luciane Gonçalves. O judiciário e os direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. **Princípios constitucionais fundamentais.** Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. (Coord.) São Paulo: Lex, 2005.

VITAL MOREIRA. **A ordem jurídica do capitalismo.** 4ª edição. Lisboa: Caminho, 1987.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999.

TOXICIDADE DO MERCÚRIO: DESAFIOS PARA UM DIREITO AMBIENTAL EFICIENTE

THE TOXICITY OF MERCURY: CHALLENGES FOR AN EFFICIENT ENVIRONMENTAL LAW

João Paulo Guinalz

Mestre em Planejamento do Desenvolvimento Sustentável pelo
Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do
Pará - UFPA

Especialista em Direito Constitucional Ambiental pela Escola
Superior de Direito Constitucional Especialista em Direito
Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura
Advogado

E-mail:jpguinalz@gmail.com

João Roberto Penna de Freitas Guimarães

Especialista em Gestão Ambiental e Controle da Poluição
Professor da UNISANTA/SP

Gestor de Projetos da Secretaria de Meio Ambiente da Prefeitura
Municipal do Município de Guarujá/SP

E-mail:jrpenna.penna@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 HISTÓRICO E RECONHECIMENTO DOS GRAVES PROBLEMAS DE SAÚDE AMBIENTAL RELACIONADOS AO MERCÚRIO; 3 AS EXPERIÊNCIAS DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS NA PROPOSTA DE CONTROLE DO MERCÚRIO; 4 O DIREITO AMBIENTAL COMO POSSIBILIDADE DE SEGURANÇA E PROTEÇÃO CONTRA A CONTAMINAÇÃO DO MERCÚRIO E DANOS AMBIENTAIS; 4.1 EXPLICAÇÕES SOBRE A CONTAMINAÇÃO DO MERCÚRIO; 4.2 O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E O PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DA FONTE: A ATUAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL; 4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DO PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DA FONTE; 4.4 A EDUCAÇÃO AMBIENTAL E A INFORMAÇÃO

COMO INSTRUMENTOS DE EFICIÊNCIA: UMA PROPOSTA TRANSDISCIPLINAR PARA O DIREITO AMBIENTAL; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 HISTORY AND RECOGNITION OF SERIOUS HEALTH PROBLEMS TO ENVIRONMENTAL RELATED TO MERCURY; 3 THE EXPERIENCES OF PUBLIC AND PRIVATE INSTITUTIONS IN MOTION CONTROL OF MERCURY; 4 ENVIRONMENTAL LAW AS POSSIBILITY OF SECURITY AND PROTECTION OF MERCURYCONTAMINATION AND ENVIRONMENTAL DAMAGE; 4.1 EXPLANATION OF MERCURY CONTAMINATION; 4.2 THE PRINCIPLE OF PREVENTION AND CORRECTION OF THE PRINCIPLE OF POWER: THE ROLE OF ENVIRONMENTAL LAW; 4.3 APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PREVENTION AND CORRECTION OF THE SOURCE; 4.4 ENVIRONMENTAL EDUCATION AND INFORMATION AS INSTRUMENTS EFFICIENCY: ACURRICULAR PROPOSAL FOR THE ENVIRONMENTAL LAW; 5 FINAL; 6 REFERENCES.

Resumo: A poluição ambiental é um problema que esta expondo a saúde humana da sociedade em nível mundial. É necessário que todas as instituições públicas ou privadas devam defender e preservar o meio ambiente para a preservação dos recursos naturais essenciais para a manutenção da vida saudável da sociedade. Trata-se de uma tarefa árdua e de difícil concretização face ao dilema de equilibrar interesses econômicos e sociais dos interesses de preservação dos recursos da natureza. Este trabalho pretende apresentar o problema da utilização do mercúrio (Hg), substância tóxica que ameaça a saúde da população brasileira em amplos segmentos da sociedade e, ao mesmo tempo, elevar a consciência jurídica sobre o enfrentamento do problema em questão como contribuição ao desenvolvimento da ciência jurídica ambiental.

Palavras-chave: Mercúrio. Saúde Ambiental. Direito Ambiental.

Abstract: Environmental pollution is a problem that is exposing the human health of society worldwide. There's need for all public or private institutions must defend and preserve the environment for the preservation of natural resources essential to maintaining the healthy life of society. This is a difficult task and difficult to implement given the dilemma of balancing economic interests and social interests of preserving the resources of nature. This paper intends to present the problem of the use of mercury (Hg), toxic substance that threatens the health of the population

in large segments of society and, at the same time, raising the legal awareness on the face of the problem in question as a contribution to the development of science legal environment.

Keywords: Mercury. Environmental Health. Environmental Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a intenção de fazer repercutir em âmbito jurídico a importância de conhecimentos científicos diversos, em especial, na área da saúde humana. A ciência do Direito necessita abrir espaços de discussão científica para o ingresso de outras áreas da ciência. Em primeiro momento, as escolhas podem parecer estranhas quando em contato superficial. Mas, sob a análise mais cuidadosa, percebe-se que muito podem contribuir para avanços na proteção da saúde e da vida da sociedade e na importante evolução do desenvolvimento de estudos relacionados ao avanço do Direito Ambiental. O direito à sadia qualidade de vida protegido pelo artigo 225, da Constituição Federal deve atingir a busca interminável de sua efetividade, pois se trata de um direito essencial para a manutenção e harmonia do meio ambiente em amplos sentidos e que, portanto, não podem ser esquecidos face as diversas situações adversas em tempos de crise econômica, política e social.

A tecnologia por meio de seus pesquisadores elabora diversos produtos, serviços e soluções que surgem a cada instante, na velocidade do interesse econômico, político e social. Pelo interesse econômico encontramos uma parcela de empreendedores que visam movimentar recursos financeiros para potencializar novos avanços tecnológicos no mercado sempre perseguindo o lucro; de outro lado, o interesse político que almeja controlar e adquirir parcela dos recursos movimentados pela economia para a arrecadação e distribuição dos recursos através de políticas públicas de interesse da sociedade; e por fim, o interesse social surge pelo lado do enorme contingente de trabalhadores que precisam se inserir no mercado de trabalho e fazer parte da grande engrenagem

do sistema capitalista. São muitas vezes recebidos pelo setor econômico e político.

Veja, por exemplo, para análise deste estudo, a fabricação de lâmpadas que utilizam mercúrio em seus componentes para uso em diversos segmentos da sociedade. Em termos estritamente tecnológicos, a lâmpada de mercúrio atingiu uma finalidade econômica, ou seja, os empreendedores investiram no mercado para disseminar largamente seus produtos e obter lucro, de outro lado também se tem atendidos os anseios políticos que percebem as arrecadações, aceleram o crescimento econômico e também se observa os trabalhadores, ao menos parcela deles empregados e assalariados.

Neste ponto, ressalta-se um alerta para os juristas especializados em Direito Ambiental. A observância de problemas que ocorrem paralelamente à ciência do Direito deve ser inserida no sistema jurídico. Trata-se de uma transdisciplinariedade, isto é, a possibilidade de pontos de contato entre conhecimentos que neste aspecto emprestariam ou trocariam metodologias ou fontes com a finalidade melhor compreensão dos problemas ambientais. Compreender seria a melhor via para construção de soluções eficazes e efetivas. Possibilitar uma linguagem comum entre as ciências e aceitar os desafios da superação dessa dificuldade são os principais aspectos que devem ser conquistados pelos juristas no século XXI para o enfrentamento dos problemas ambientais na sociedade mundial.

2 HISTÓRICO E RECONHECIMENTO DOS GRAVES PROBLEMAS DE SAÚDE AMBIENTAL RELACIONADOS AO MERCÚRIO

A sociedade mundial está se conscientizando cada vez mais da importância das questões relacionadas ao equilíbrio e proteção do meio ambiente. A consciência destes problemas mobilizou a elaboração do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). O PNUMA, estabelecido em 1972, está vinculado à ONU e é responsável por empreender estratégias em âmbito internacional e nacional para a proteção do meio ambiente no

contexto do desenvolvimento sustentável.

O PNUMA desenvolve trabalho em amplos segmentos da sociedade e envolve entidades das Nações Unidas, organizações internacionais e sub-regionais, governos nacionais, estaduais e municipais, organizações não-governamentais, setor privado e acadêmico. Historicamente, rememora-se que no ano de 2001, os representantes de governos de diversos países, entre estes o Brasil, concordaram em estimular o PNUMA a produzir pesquisas em âmbito mundial da emissão e uso do mercúrio.

O estudo resultou em um relatório intitulado "Avaliação Global do Mercúrio", publicado em 2002. Posteriormente, foi apresentado e discutido na 22ª reunião do Conselho Administrativo do PNUMA em fevereiro de 2003, e considerou-se que havia evidências suficientes de impactos globais adversos causados pelo mercúrio e seus compostos. Destarte, urge a necessidade de garantir uma ação internacional na busca constante da redução dos riscos à saúde humana e ao meio ambiente.

O PNUMA estabeleceu metas a serem cumpridas, medidas de contenção e controle do mercúrio e seus compostos, a serem urgentemente iniciadas, pelos Estados-membros, para a maior eficácia na proteção da saúde humana e do meio ambiente. Para tanto, ficou acordado que todos os países adotassem critérios de identificação e inter-relação de áreas, indivíduos e ecossistemas que apresentassem relação direta ou indireta com o mercúrio e, posteriormente, providenciassem a redução desta substância tóxica.

Em 2005 o Conselho Administrativo do PNUMA que tratou dos problemas relativos à contaminação pelo mercúrio, concordou em promover o uso das melhores tecnologias de redução de emissões de mercúrio nas fábricas de substâncias químicas e outras áreas industriais que utilizem tal substância no processo de produção.

Além disso, buscou a promoção efetiva das parcerias entre governos, organizações não governamentais e setor privado. A aliança entre estes segmentos da sociedade possibilitaria condições de melhor controle e monitoramento do processo de redução

continua das emissões de mercúrio em atividades em que o uso é extremamente crítico, em função dos elevados níveis de concentração já identificados em usinas termoelétricas a carvão, fábricas de cloro-soda e áreas de garimpo de extração de ouro.

A realização do PNUMA também teve a preocupação de planejar e executar estratégias de auxílio aos governos para promoverem e aperfeiçoarem métodos de comunicação de avaliação de risco baseados, principalmente, na orientação da sociedade de cada Estado-membro. A maior preocupação enfocou a necessidade de informações precisas e acessíveis sobre o mercúrio e a relação com as atividades industriais, bem como outras atividades que causem contaminação de alimentos e que tragam como consequência danos e prejuízos para a saúde humana e o meio ambiente.

Contudo, em fevereiro de 2007, o Conselho Administrativo do PNUMA reconheceu que os esforços para reduzir os riscos do uso e emissões de mercúrio não foram ainda suficientes e concluiu que uma ação internacional seria necessária para obter resultados eficientes em um planejamento de tempo longo.

Então, o Conselho estabeleceu a organização de um grupo de trabalho *ad hoc* que envolva os governos dos países envolvidos no programa e a sociedade civil organizada para examinar e avaliar as opções de ações voluntárias para reconhecimento e utilização de instrumentos já existentes e que sejam eficientes ou possibilitar novos instrumentos legais para a incrementação das estratégias do PNUMA. Esse grupo de trabalho apresentará um relatório contendo análises e propostas para o avanço das estratégias do PNUMA ao Conselho Administrativo na 25ª reunião que ocorrerá no ano de 2009.

3 AS EXPERIÊNCIAS DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS NA PROPOSTA DE CONTROLE DO MERCÚRIO

A O PNUMA trouxe, inicialmente, importante contribuição para organizar estratégias e ações pelas instituições públicas e

privadas no sentido de proteger a saúde humana dos perigos da contaminação por substância tóxica tal como o mercúrio. Neste sentido, as Organizações não-governamentais (ONG) cobram constantemente do Poder Público a interferência para a regularização, normatização e até mesmo a punição de danos ambientais que se refletem em prejuízo da saúde da sociedade em amplos segmentos. A Associação de Combate aos Poluentes organizou importante encontro que possibilitou a discussão entre várias instituições envolvidas e interessadas no assunto.

Quanto aos debates e reflexões sobre o assunto, os participantes consideraram tímidos, lentos ou pouco eficientes, os avanços das ações governamentais para a continuidade da redução dos níveis de mercúrio ao meio ambiente, especificamente, no que se refere à fabricação, utilização e destinação das lâmpadas de mercúrio; das atividades de garimpo na região amazônica; e da identificação dos riscos decorrentes da contaminação pelo consumo de água e pescados de populações próximas às áreas de garimpagem.

Também observou a falta de amparo estatal com relação aos trabalhadores que laboraram em fábricas que utilizam mercúrio, pois estes trabalhadores continuam afirmar que têm dificuldades para obtenção de benefícios junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Além disso, foi assinalada a falta de decisões do Poder Judiciário favoráveis para obterem indenizações pelos prejuízos causados a saúde em razão da exposição, conforme declarou na reunião o representante dos trabalhadores contaminados por mercúrio da Associação dos Expostos e Intoxicados por Mercúrio Metálico AEIMM, Valdivino dos Santos Rocha.

A sociedade civil apontou para a necessidade de efeitos concretos da atuação do governo brasileiro. Para que os Ministérios atinjam os efeitos satisfatórios desejados pelas organizações civis para o controle do mercúrio, seria preciso, além de aplicar medidas voluntárias na eliminação do uso e emissão do poluente, perseguir a estruturação de uma convenção internacional como instrumento internacional que normatize um controle e traga obrigatoriedade

no cumprimento de todos os preceitos de prudência, possibilitando, assim, a efetiva eliminação do mercúrio para proteção de efeitos nocivos para a saúde e o meio ambiente.

Ademais, urge-se que o Ministério da Saúde empreenda condições para que a Coordenação Geral de Vigilância em Saúde Ambiental, da Secretaria de Vigilância em Saúde, defina adequadamente, elabore e implemente os protocolos de atenção em saúde para resguardar os direitos decorrentes dos prejuízos causados às comunidades contaminadas por substâncias tóxicas identificadas e, não deixe de considerar também as medidas preventivas em áreas de riscos para evitar futuros danos irreparáveis, tanto a população quanto ao meio ambiente. As medidas de precaução, certamente, identificarão a eficiência da gestão administrativa e também possibilitarão um melhor controle dos perigos advindos das indústrias químicas.

Quanto às estratégias de ação para o controle do mercúrio, a sociedade civil ressaltou a necessidade de divulgação de informações acessíveis para a conscientização da sociedade sobre os problemas de saúde e meio ambiente e lembrou que o compromisso da União, dos Estados e dos Municípios de promover a democracia e o bem-estar da sociedade só será efetivado à medida que possibilitar recursos que facilitem a capacitação de atores sociais para atuarem adequadamente nos problemas ambientais de maneira a envolvê-los direta ou indiretamente com substâncias perigosas como mercúrio. No aspecto específico, que trata sobre o relacionamento inter-institucional, observou-se a importância de existir uma articulação entre o setor da Coordenação de Vigilância Ambiental da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo com o Ministério da Saúde para estimular o desenvolvimento de atuações previstas no Programa Global do Mercúrio do PNUMA.

As Organizações não-governamentais (ONG) requerem espaço político, reclamam poder conferidos pelo Poder Público para atuar junto com as comunidades, sobretudo as mais carentes, sem estrutura técnica para enfrentar problemas de grande complexidade tais como a contaminação por substâncias tóxicas; e ainda facilitar

recursos que viabilizem a contratação de técnicos e peritos da área da saúde ambiental para estabelecer critérios e padrões minuciosos de identificação das fontes poluidoras e tratar das medidas de minimização das conseqüências para a saúde humana, e, por fim, também possibilitar orientações jurídicas para o acesso à justiça, conforme seja o caso. Sem estes instrumentos técnicos e recursos que facilitem e garantam a eficiência dos trabalhos das ONGs, os princípios democráticos do direito à cidadania ficam absolutamente comprometidos e sem efeitos proveitosos para implantação efetiva da política de desenvolvimento sustentável assumido pelo governo federal brasileiro.

4 O DIREITO AMBIENTAL COMO POSSIBILIDADE DE SEGURANÇA E PROTEÇÃO CONTRA A CONTAMINAÇÃO DO MERCÚRIO E DANOS AMBIENTAIS

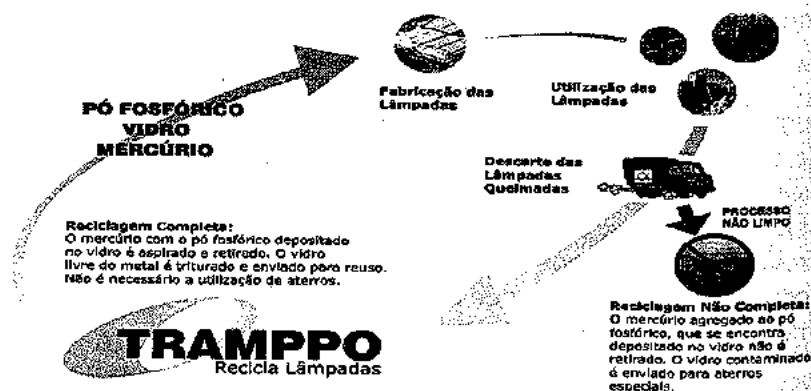
O mercúrio é substância tóxica cientificamente comprovada. Os problemas causados pelo mercúrio à saúde e ao meio ambiente são graves e devem ser considerados pelo Poder Público para o controle, fiscalização e estratégias de substituição desta substância química utilizada em grande quantidade, por exemplo, pelas as indústrias de produção de lâmpadas fluorescentes. Este tipo de lâmpada possui tecnologia desenvolvida para a diminuição de consumo de energia elétrica e foi facilmente assimilada para o consumo em amplo segmento da sociedade.

Hoje se utilizam essas lâmpadas fluorescentes para a iluminação doméstica, em áreas públicas e no setor privado. Os riscos de exposição ao mercúrio são elevados, uma vez que o mercúrio está contido no interior das lâmpadas. Em casos de acidentes com as lâmpadas, ou seja, a quebra ou o descarte em lixo comum podem provocar sérios danos à saúde humana como intoxicação pelo contato com o mercúrio que se evapora rapidamente do conteúdo interno da lâmpada.

Felizmente já existe alternativa para a produção de mercúrio com significativa redução de riscos de contaminação. Trata-se de uma tecnologia apresentada pelo engenheiro Roberson Nery da empresa TRAMPPPO na reunião organizada pela ONG ACPO

(GUINALZ, 2008). A TRAMPPO é uma empresa estabelecida no Centro Incubador de Empresas Tecnológicas (CIETEC) desde 2003. Para desenvolver a tecnologia a empresa contou, principalmente, com o financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). A tecnologia desenvolvida pela TRAMPPO obteve a comprovação da viabilidade pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT).

O processo metodológico de reciclagem é feito através de tratamento de sopro e sublimação. O processo de tratamento por sopro surgiu como uma alternativa para um descarte menos poluente e completo. Assim, é mantida a integridade do tubo de vidro para melhor separação dos componentes. As duas extremidades contendo os soquetes de alumínio são cortadas através de uma lâmina diamantada. Em seguida, o tubo de vidro, já sem os soquetes, recebe um sopro de ar em seu interior, arrastando-se assim o pó de fósforo contendo mercúrio. O pó removido pelo sopro passa por um sistema de ciclones e é decantado em recipientes apropriados. O pó fosfórico contendo mercúrio é levado para um reator onde é sublimado e recolhido por processo de temperatura e pressão, sendo condensado posteriormente.



Fonte: NERY, Roberson, 2008.

A figura ilustra o processo adequado de reciclagem de lâmpadas mercuriais.

O gráfico ilustra o processo de reciclagem realizado pela empresa TRAMPPO. Quando não há um processo adequado de reciclagem, o descarte de lâmpadas contendo mercúrio no meio ambiente permite contaminação do solo, com possibilidade de contaminação das águas, de rios, córregos ou lençóis freáticos principalmente nos locais próximos dos aterros. A situação se agrava ainda mais quando o ar atmosférico recebe os efeitos da evaporação do mercúrio emitido por lâmpadas quebradas jogadas sem destino seguro naqueles aterros de descarte.

4.1 Explicações sobre a contaminação do mercúrio

A Dra. Marcília de Araújo Medrado Faria, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, convidada para a reunião promovida pela ONG ACPO (GUINALZ, 2008), centralizou suas explicações sobre as doenças relacionadas à toxicologia ocupacional e a intra-domiciliar. O denominado "mercurismo ocupacional" pode-se dar através da intoxicação por mercúrio metálico ou por intoxicação por compostos inorgânicos e orgânicos. Os exemplos citados foram: o cloreto de mercúrio, utilizado nas indústrias que produzem anti-sépticos; o nitrato de mercúrio, utilizado nas indústrias que produzem cosméticos e também se citou a possibilidade de absorção da substância e seus compostos pela via respiratória e pela via dérmica.

A importância do controle, redução e eliminação do mercúrio no ambiente de trabalho se fundamenta na grande quantidade de trabalhadores que podem estar expostos a contaminação e posterior adoecimento com conseqüências irreversíveis e graves para saúde humana e o meio ambiente. Os grupos de trabalhadores com maior risco de exposição concentram-se nas indústrias de cloro-alcális; nas indústrias de lâmpadas fluorescentes; nas atividades exercidas em minas, garimpos e nos setores da área de saúde, como hospitais, clínicas médicas, cirurgias odontológicas e ambulatórios.

O mercúrio é considerado altamente neurotóxico, isto porque tem facilidade para atingir e lesionar as células do Sistema Nervoso Central (SNC) devido suas características toxicocinéticas e toxicodinâmicas; acumula-se de maneira irreversível no SNC,

pois tem facilidade para atravessar a barreira hematoencefálica ligando-se, por conseguinte, a vários outros compostos; seus efeitos também provocam a alteração de agentes imunológicos. O mercúrio tem característica lipossolúvel, porque tem facilidade de transpor membranas celulares, com atuação oxidante e capacidade de alterar a bainha de mielina e causar destruição de vários neurônios:

A ação disruptora endócrina pode colaborar para processo de alteração permanente de funções neuroendócrinas. A forma clínica mais freqüente é a Síndrome Neuropsiquiátrica, mas pode ocorrer também síndrome envolvendo alterações mais centradas na área motora, como esclerose lateral amiotrófica, esclerose múltipla, a síndrome de Parkinson. Os sintomas da Síndrome Neuropsiquiátrica podem ser percebidos através das alterações das funções psicomotoras, cognitivas e afetivas com alterações do comportamento e do humor. As manifestações de depressão recorrente necessitam de tratamento e de acompanhamento psiquiátrico e psicológico.

Paralelamente, Medrado Faria explica que o diagnóstico baseado na anamnese clínica-ocupacional são necessários exames especializados de função de sistema nervoso como testes neuropsicológicos, exames de imagem e de órgãos dos sentidos (visão e audição). A Síndrome Neuropsiquiátrica pode vir associada também as Síndromes Renais Crônicas, as Síndromes Endócrinas e as Síndromes Gastrointestinais, dependendo do caso específico. No Serviço de Saúde ocupacional do HC/FMUSP tem sido realizada uma avaliação detalhada clínica e da história ocupacional e os seguintes exames: uma bateria selecionada de testes neuropsicológicos; o *Single Photon Emission Computed Tomography (SPECT)*; a *Ressonância Magnético Encéfalo (RME)*; a *Audiometria de Troco Cerebral (BERA)*; a *Terapia Cognitivo Comportamental (TCC)*; o *Eletroencefalograma (EEG)*; e a *análise do campo visual*.

A mesma Autora aponta quais são as Síndromes Neuropsiquiátricas derivadas da exposição ao Mercúrio, conforme a Classificação Internacional de Doenças – CID 10:

Transtornos de personalidade e comportamento

episódios depressivos; neurastenia; transtorno mental orgânico não especificado; outros transtornos mentais; ataxia cerebelar; outras formas especificadas de tremor; transtornos extrapiramidais do movimento não especificados; encefalite tóxica crônica; encefalopatia tóxica aguda (MEDRADO FARIA, 2003, p. 123).

Nota-se a complexidade dos problemas de saúde física e psíquica causadas pelo mercúrio e a necessidade urgente de medidas de correção a serem aplicadas nas atividades econômicas pelos princípios de Direito Ambiental.

Freitas Guimarães (2005) indica o Mercúrio como um disruptor endócrino, apontando as seguintes ações disruptoras no organismo humano:

Ciclo menstrual irregular, menos ovulações, teratogênico; Acumula-se no leite materno; Acumula-se no pâncreas, testículos e próstata; Atravessa a barreira placentária e hematoencefálica, na forma de metilmercúrio; Aborto espontâneo, natimortos; Síndrome de Paralisia Cerebral, danos ao cerebelo em filhos de mães que consumiram peixes com metilmercúrio (FREITAS GUIMARÃES, 2005, p. 73).

4.2 O Princípio da prevenção e o princípio da correção da fonte: a atuação do Direito Ambiental

Os princípios são um alicerce fundamental para a orientação jurídica e tomada de decisões, posto que a insuficiência das codificações já é reconhecida por boa parte dos juristas. Os princípios, segundo Engelmann (2001) são os fundamentos de encadeamento das normas jurídicas que formam um sistema jurídico. Os princípios podem ser imaginados como uma ponte que interliga o direito à justiça. Para o caso em análise, a contaminação por mercúrio, originada pela produção de lâmpadas fluorescentes, por exemplo, entre os diversos casos em que a substância tóxica é utilizada, precisa ser controlada para a proteção da saúde humana e do meio ambiente. Para que o Direito Ambiental interfira na situação para a evolução da justiça ambiental, sobressalta-se o

princípio da prevenção e o princípio da correção da fonte.

O princípio da prevenção estabelece a necessidade de evitar na origem dos processos produtivos as transformações prejudiciais e a consumação de danos ao meio ambiente e à saúde humana. O Princípio 8 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992 prescreve:

A fim de conseguir-se um desenvolvimento sustentado e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar os modos de produção e de consumo não viáveis e promover políticas demográficas apropriadas.

Neste sentido, (MACHADO, 2005, p.83) também ressalta que:

A prevenção não é estática; e, assim, tem-se que atualizar e fazer reavaliações, para poder influenciar a formulação das novas políticas ambientais, das ações dos empreendedores e das atividades da Administração Pública, dos legisladores e do Judiciário.

Assim, o princípio da precaução ganha grande valor jurídico, pois orienta constante reavaliação da tecnologia empregada nos processos produtivos que se identificam riscos para o meio ambiente. No caso das lâmpadas de mercúrio, já existem estudos científicos que comprovam a periculosidade da substância e, além disso, identificam-se novas tecnologias que amenizam efeitos de exposição tóxica ao meio ambiente, tal como a reciclagem das lâmpadas e descarte em locais apropriados.

De outro lado, mas com a mesma finalidade de orientação na atuação jurídica está o princípio da correção na fonte, conforme (CANOTILHO, 2007, p. 45), “determina quem deve, e onde e quando se devem desenvolver ações de proteção do ambiente”. Visa, portanto, pesquisar as causas da poluição para, sempre que possível, as eliminar ou pelo menos moderar, evitando que se repitam.

Todo poluidor identificado como causador de danos ao meio ambiente tem o dever de modificar a sua conduta para a melhoria de seu desempenho ambiental. O termo “fonte” em sentido espacial, ou seja, os locais que geram a poluição devem sofrer interferência drástica nas operações de transferência e exposição de produtos que possam ser nocivos ao meio ambiente e a saúde humana em geral. Por fim, em um sentido temporal do termo “fonte” o identificado poluidor fica obrigado a providenciar medidas necessárias para inibir desde o início do processo produtivo todas as causas de poluição e suas consequências.

No caso dos produtores de lâmpadas fluorescentes, as fontes de poluição já estão identificadas. As lâmpadas utilizam mercúrio, substância comprovadamente tóxica, nos ambientes de fabricação. Em seguida os produtos são transportados e comercializados largamente no mercado expondo incontáveis consumidores deste produto aos riscos decorrentes do contato e contaminação com o mercúrio. As empresas de fabricação de lâmpadas, ao menos neste setor, já podem modificar seu processo de produção pela tecnologia da TRAMPPO, como possibilidade de amenização de riscos decorrentes do processo de industrialização química das lâmpadas fluorescentes e também como possibilidade de redução de risco de contaminações ao meio ambiente nos aterros.

4.3 A aplicação do princípio da prevenção e do princípio da correção da fonte

Estratégias de controle de substâncias tóxicas para proteção da saúde e do meio ambiente tem sido realizadas pelo Ministério Público Federal. Cita-se o caso de importante atuação do Procurador da República, Dr. Antonio José Donizetti Molina Dalóia em São Paulo. Neste caso, o Ministério Público Federal propôs a ação nº 2001.61.04.005688-5 em face da União Federal e empresa CARBOCLORO OXYPAR INDÚSTRIAS QUÍMICAS S/A objetivando, entre outros pedidos:

A condenação dos réus na obrigação de fazer para evitar a continuidade de dano ambiental, e assim, respectivamente, modifique sua unidade e determine a todas as fábricas do país, a forma de produção de

soda e cloro, das atuais células de mercúrio para outra tecnologia que não agrida o meio ambiente e ainda a condenação do primeiro réu (a CARBOCLORO) a reparar o dano ambiental provocado ao longo de décadas, com o pagamento de indenização e ainda com a recuperação às suas expensas, da área do ponto de vista ambiental anterior, acrescida das custas, honorários e demais despesas processuais de sucumbência, com apresentação prévia ao MPP e ao Juízo de projeto de recuperação ambiental do Rio Cubatão (e suas margens) e Estuário de Santos.

A condenação da ré CARBOCLORO, ao pagamento da indenização pelos danos causados aos interesses difusos ao longo destas décadas (desde 1964), a serem liquidados na forma da lei, com a indenização a ser recolhida na forma do art. 13 da Lei 7.347/85:

Que a CARBOCLORO seja condenada a reflorestar a margem do Rio Cubatão, com árvores típicas da Mata Atlântica ou típicas de Matas Ciliares, e a retirar seu depósito de sal para uma distância mínima de 100 metros do rio, conforme recomendação do IBAMA (fls. 835/836), mediante projeto por técnico habilitado.

Como medida liminar foi pleiteado que a empresa CARBOCLORO, no prazo de 06 meses, desative sua unidade de produção com células de mercúrio, passando-a para uma nova tecnologia que não agrida o meio ambiente (células de membrana ou outra); e que a ré UNIÃO FEDERAL, em um prazo de doze meses, determine a todas as empresas produtoras de cloro e soda no país que desativem suas unidades de produção com células de mercúrio, passando-a para uma nova tecnologia que não agrida o meio ambiente.

Esta ação proposta pelo Ministério Público Federal foi distribuída para a 4ª Vara Federal em Santos-SP, em 1º de outubro de 2002 e foi proferida decisão que extinguiu o feito sem julgamento do mérito. Em face do decidido, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação pleiteando a reforma da decisão em 17.12.2002. Encaminhados os autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o parecer da Procuradoria Regional da República foi

favorável ao recurso. Os autos foram distribuídos à Quarta Turma do Tribunal em 14.05.2003 e o caso aguarda julgamento. Destaca-se, assim, a importância do referido princípio da correção da fonte que estabeleceu neste caso concreto a plena efetividade da política ambiental e a relação entre direito e justiça. Assim, exigiu-se a substituição da tecnologia poluidora para evitar e prevenir novas contaminações ao meio ambiente.

4.4 A educação ambiental e a informação como instrumentos de eficiência: uma proposta transdisciplinar para o Direito Ambiental

A situação da utilização do mercúrio em produtos utilizados pela sociedade tais como, as lâmpadas fluorescentes, deflagra a necessidade de construção de um Estado Democrático de direito com participação efetiva da sociedade. Para que a cidadania seja concretizada é preciso que sejam enfrentados, conforme designam Leite e Ayala (2004, p. 307) os profundos "deficits" de justiça ambiental. Isto quer dizer que está instalada uma crise no atual modelo de Estado democrático de direito, uma vez que não atende às novas exigências de realização da cidadania ambiental. A estrutura de organização não permite a participação plena de interesses, pois está vinculada ao projeto representativo do Estado liberal, individualista e sem habilidades para lidar com a imprevisibilidade das sociedades de risco.

A lógica liberal contribui fundamentalmente para o "deficit" ambiental no Estado Democrático, porque restringe as hipóteses de controle e participação da sociedade e, de outro lado, também restringe o uso da cidadania, pois não caracteriza necessariamente a vontade direta de todos os envolvidos em uma decisão que é, na verdade, apenas a formação da vontade política com poder de decisão parlamentar. Leite e Ayala (2004, p. 310) salientam que:

[...] para que se possa organizar todo um processo de construção de uma nova racionalidade ambiental ou ecológica, que ordena toda a compreensão da integralidade do conteúdo dos problemas ambientais e da formulação de hipóteses de decisão eficientes à realização dos objetivos que norteiam a reprodução

de um Estado de segurança ambiental, que ocupa o lugar dos modelos de segurança patrimonial do já falido modelo estatal liberal.

Para tanto, é imprescindível a recuperação do sentido republicano de participação de toda a sociedade. Afinal, a nova racionalidade ambiental exige que todos estejam envolvidos nos processos decisórios relacionados às questões ambientais. O reconhecimento da insuficiência de atuação eficiente do Estado, já é o primeiro passo para a superação da crise.

A cidadania voltaça aos interesses ambientais é muito ampla e não se limita no espaço de um determinado território. Ultrapassam-se as fronteiras geopolíticas para atingir a proteção intercomunitária do bem difuso ambiental. Consoante Leite e Ayala (2004, p. 323), o “caput” do artigo 225, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é o pilar sustentador da recuperação republicana da cidadania que possibilita afirmar que perante o bem ambiental: “i) todos são titulares; ii) todos têm interesses e direitos; e sobretudo iii) todos são responsáveis”. Para a efetivação destes pressupostos republicanos é imprescindível a educação ambiental e a disseminação de informações sobre os serviços e produtos tais como aqueles que são utilizados no mercado pela sociedade.

A educação ambiental é extremamente importante para a formação da conscientização coletiva dos direitos e do cumprimento da responsabilidade de todos na defesa do meio ambiente. O artigo 225, § 1º, inciso VI, da Constituição Federal estabelece que

[...] incumbe ao Poder Público:

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

E a Lei nº 6.938/81 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 2º, inciso X, prescreve que:

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da

qualidade ambiental propícia à vida (...) atendidos os seguintes princípios:

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para a participação ativa na defesa do meio ambiente.

Assim, notam-se os fundamentos legais que trazem como contribuição a relevante inserção da educação ambiental na formulação de políticas públicas que habilitem a participação ativa da sociedade na defesa ambiental.

Paralelamente, ao lado da educação ambiental está a importante função da informação. A informação é um pressuposto para a participação efetiva da sociedade e a concretização da cidadania ambiental quando disseminada de maneira a possibilitar aos informados a compreensão e a clareza dos dados repassados a todos. Ao mesmo tempo, para que a informação seja considerada útil, ela deve propiciar a atuação de todos diante da Administração Pública e do Judiciário.

O artigo 5º, nos incisos XIV e XXXIII, da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

E também na Lei nº 6.938/81, o artigo 4º, inciso V, e o artigo 9º, inciso VII, da Política Nacional do Meio Ambiente, que se destaca:

Art.4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará

V - [...] à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico.

Art.9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

VII o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente.

Percebe-se que a Política Ambiental rege-se por princípios de participação que devem respaldar efetivamente a influência da sociedade nas decisões ambientais.

Todavia, a participação que caracteriza a cidadania ambiental não acontece como o desejado pela Carta Magna, nem mesmo com o apoio da legislação para a orientação da política ambiental. Com a intenção de apresentar os principais problemas enfrentados pelos representantes das ONGs para obterem efetiva participação e consideração do poder público na tomada de decisões que exponham em risco a saúde da sociedade civil, Zuleica Nycz, da Associação de Proteção ao Meio Ambiente de Cianorte (APROMAC) foi convidada pela ONG ACPO para comentar os principais experiências e problemas enfrentados nas relações interinstitucionais que envolvam o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) e a sociedade civil organizada.

De acordo com o relatório de Guinalz (2008), Zuleica Nycz coordena e representa a sociedade civil no Grupo de Trabalho (GT Lâmpadas) referente à disposição de resíduos de lâmpadas mercuriais. Nycz declarou que enfrenta dificuldades para estabelecer um relacionamento equilibrado entre os interesses ambientais que ela defende com os interesses das empresas fabricantes das lâmpadas que contém mercúrio. Salientou que aspectos econômicos e políticos são muitas vezes sobrepostos para que as decisões e diretrizes das regulamentações sejam consideradas em detrimento das opiniões da sociedade civil. O "GT Lâmpadas" tem a intenção de elaborar regulamentação das atividades de produção de lâmpadas mercuriais

e gerenciamento das informações ao consumidor sobre os riscos do uso e do descarte adequado destes produtos que contenham mercúrio. Urge-se, portanto, a necessidade de mudança na maneira de articular as decisões que envolvam questões ambientais sob pena de manter-se uma dinâmica falida e sem proveito para proteger a saúde humana e o equilíbrio do meio ambiente para uma sadia qualidade de vida.

Posto isto, ao perceber-se que a conscientização dos problemas ambientais instaurados na atual sociedade risco, sugere-se um novo paradigma de democracia, que tenha necessariamente não só a participação de todos os envolvidos, mas também a possibilidade de decisão. Leite e Ayala (2004, p. 343) ensinam que:

Enfrentar os riscos exige a opção por soluções que oportunizem progressiva participação nos processos de tomada de decisões, não como consultores, mas como protagonistas com função decisiva e ativa no processo de orientação das escolhas e alternativas para superar os riscos da melhor forma permitida no caso concreto.

Nem sempre um único modelo de gestão científica atende aos interesses de ampla proteção ambiental. Assim, a transdisciplinaridade deve abandonar pontos de vista particulares que cada disciplina autônoma prescreve para valorizar a produção de um saber autônomo, sustentado pela criatividade e com vistas a concretização dos princípios ético constitucionais. Na visão de Leite e Ayala (2004, p. 345):

A compreensão transdisciplinar do ambiente, mais do que a disponibilidade de comunicação e diálogo entre diversos saberes disciplinares, deve permitir e possibilitar o desenvolvimento de uma nova racionalidade social, econômica, política e jurídica, que considere efetivamente o ambiente como fator de organização e definição da nova qualidade do conhecimento que se procura, o saber ambiental, conhecimento que depende de condições transcendentais e de modelos de negociação, porque é admitido definitivamente que a ciência, em uma perspectiva disciplinar, é incapaz de atuar como modelo de solução de problemas que não podem ser definidos ou caracterizados em termo de certeza.

Os problemas ambientais surgem a todo o instante, os riscos são produzidos em escala incontrolável e o Direito Ambiental só terá atuação efetiva se abrir campo para a transdisciplinaridade estabelecer novos métodos para suscitar a construção de uma linguagem compreensível para a participação efetiva da cidadania ambiental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto às estratégias de ação para o controle do mercúrio, ressalta-se a necessidade de divulgação de informações acessíveis para a conscientização da sociedade sobre os problemas de saúde e meio ambiente e lembrou que o compromisso da União, dos Estados e dos Municípios de promover a democracia e o bem-estar da sociedade só será efetivado à medida que possibilitar recursos que facilitem a capacitação de atores sociais para atuarem adequadamente nos problemas ambientais de maneira a envolvê-los direta ou indiretamente com substâncias perigosas como mercúrio.

É necessária a elaboração e utilização adequada de dados específicos para a sociedade atuar com apoio governamental. Faltam dados estatísticos das áreas contaminadas, das pessoas que estão expostas das áreas que emitem mercúrio, e identificar as doenças desenvolvidas pelo contato com a substância. Além disso, é preciso verificar a quantidade de resíduos de materiais contendo mercúrio e a destinação destes produtos ao meio ambiente e a identificação das empresas que utilizam e importam o mercúrio, especialmente, as fábricas de lâmpadas fluorescentes. É preciso a reformulação e reorganização da estrutura de governo para a concretização da cidadania ambiental.

A cidadania necessita de educação ambiental e informações para atuar junto com as comunidades, sobretudo as mais carentes, sem estrutura técnica para enfrentar problemas de grande complexidade tais como a contaminação por substâncias tóxicas. É preciso que o Estado crie meios para facilitar recursos que viabilizem a contratação de técnicos e peritos da área da saúde ambiental para estabelecer critérios e padrões minuciosos de identificação das fontes

poluidoras e tratar das medidas de minimização das conseqüências para a saúde humana, e, por fim, também possibilitar orientações jurídicas para o acesso à justiça, conforme seja o caso. Sem estes instrumentos técnicos e recursos que facilitem e garantam a eficiência dos trabalhos, os princípios democráticos do direito à cidadania ficam absolutamente comprometidos e sem efeitos proveitosos para implantação efetiva da política de desenvolvimento sustentável almejada pelos princípios constitucionais e pela política ambiental brasileira.

6 REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato (orgs). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- LEITE, José Rubens Morato Leite. AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FREITAS GUIMARÃES, João Roberto Penna de. Disruptores endócrinos no meio ambiente: um problema de saúde pública e ocupacional. Blumenau: **Revista de Estudos Ambientais**, Vol. 7, N. 2, Julho/Dezembro de 2005, p. 68-81.
- GUINALZ, João Paulo. **Relatório do "Encontro Regional para a Sensibilização da Sociedade Civil sobre Ações para a Eliminação do Uso e da Emissão do Mercúrio"**. Disponível em: http://www.acpo.org.br/encontro_mercurio_2008/relatorio_final.pdf
- MEDRADO FARIA, Marcília de Araújo. Mercuralismo metálico crônico ocupacional. **Rev. Saúde Pública** [online]. 2003, vol.37, n.1, p. 116-127.

AÇÕES AFIRMATIVAS COMO FORMA DE GARANTIR O PLENO EXERCÍCIO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA POR PARTE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

AFFIRMATIVE ACTIONS AS A WAY TO GUARANTEE THE REAL EXERCISE OF THE EQUALITY'S PRINCIPLE BY THE PHYSICALLY/MENTALLY DISABLED

Aline Cristina Bezerra Leite Carvalho Lima

Graduanda do 5º ano do Curso de Ciências Jurídicas da UNIFOR
Ex-bolsista de Iniciação Científica por dois anos pela PROBIC/
FEQ

E-mail: crystina_lima@yahoo.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVE ABORDAGEM DA SITUAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA DA HUMANIDADE; 2.1 O PERÍODO PRÉ-HISTÓRICO; 2.2 IDADE ANTIGA; 2.3 IDADE MÉDIA; 2.4 IDADE MODERNA; 2.5 TEMPOS CONTEMPORÂNEOS; 2.6 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS; 3 A CARTA POLÍTICA BRASILEIRA E A INCLUSÃO SOCIAL; 3.1 INCLUSÃO E INTEGRAÇÃO SOCIAL: ABRANGÊNCIA TERMINOLÓGICA; 3.2 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS; 4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LUTA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS; 4.1 BREVE HISTÓRICO DA ORIGEM DAS AÇÕES AFIRMATIVAS; 4.2 CONCEITO DE AÇÕES AFIRMATIVAS; 4.3 FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: A JUSTIÇA COMPENSATÓRIA E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA; 4.4 A CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL ATRAVÉS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS; 4.4.1 AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS E O AMPARO CONSTITUCIONAL; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 SHORT APPROACH ABOUT SITUATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES THROUGHOUT HISTORY; 2.1 PRE HISTORIC PERIOD; 2.2 OLD AGE; 2.3 AVERAGE AGE; 2.4 MODERN AGE; 2.5 CONTEMPORARY TIMES; 2.6 PARTIAL CONSIDERATIONS; 3 A BRAZILIAN LETTER POLICY AND SOCIAL INCLUSION; 3.1 INCLUSION AND SOCIAL INTEGRATION: SCOPE TERMINOLOGY; 3.2 CONSIDERATIONS PARTIAL; 4 AFFIRMATIVE ACTIONS AND THE RULE OF EQUALITY EFFECTIVE IN FIGHTING FOR THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES; 4.1 BRIEF HISTORY OF THE ORIGIN OF AFFIRMATIVE ACTION; 4.2 CONCEPT OF AFFIRMATIVE ACTION; 4.3 PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF AFFIRMATIVE ACTION: THE COMPENSATORY JUSTICE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE; 4.4 DELIVER THE MATERIAL EQUALITY THROUGH AFFIRMATIVE ACTION; 4.4.1 AND PEOPLE WITH DISABILITIES SUPPORT CONSTITUTIONAL; 5 FINAL; 6 REFERENCES.

Resumo: Desrespeito. Estereótipos. Rejeição. Abandono. Extermínio. Exclusão social. Essa realidade foi vivida pelas pessoas com deficiências durante significativo período da história da humanidade. A Constituição de 1988 foi a primeira a tratar expressamente do assunto. O Princípio da Isonomia nunca foi tão debatido. Esse trabalho vem a ressaltar que ações afirmativas estão sendo elaboradas objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a inclusão desse grupo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Inclusão social. Ações Afirmativas. Pessoas com Deficiências.

Abstract: Disrespect. Stereotypes. Rejection. Abandonment. Extermination. Social exclusion. That reality was lived by the physically/mentally disabled during a significant human history's period. The Constitution of 1988 was the first one that expressed this subject in its text. The equality's principle had never been so questioned before. This paper comes to emphasize that affirmative actions are being created to focus on the development of a free, fair and united society, through the inclusion of that group.

Keywords: Human Rights. Social Inclusion. Affirmative Actions. People with Disabilities.

1 INTRODUÇÃO

Durante grande período da história da humanidade, as pessoas com deficiência foram marginalizadas, quando não exterminadas, do convívio em sociedade. As atitudes segregadoras do grupo social são influenciadas por um conjunto de preconceitos oriundos de experiências milenares da humanidade, que acabam por atribuir uma idéia negativa à deficiência, relacionando-a à incapacidade, à anormalidade. Um dos desafios do início do século XXI é proporcionar uma verdadeira inclusão, e não apenas uma integração, das pessoas com deficiência no contexto social. A Carta Política Brasileira de 1988 positivou direitos fundamentais, assegurando princípios básicos garantidores de um genuíno direito à igualdade. Entretanto, ainda hoje, faz-se necessária uma política de ações afirmativas para assegurar os direitos tutelados pela Constituição Federal.

2 BREVE ABORDAGEM DA SITUAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA DA HUMANIDADE

A Sabemos que a deficiência não é um fenômeno característico unicamente dos nossos dias. Ela sempre existiu. Encontra-se vestígios, escritos ou não, sobre a existência de pessoas com deficiências em todos os períodos da história da humanidade. A novidade é o modo como atualmente abordamos essa temática. Hoje, nos preocupamos com a inclusão dessas pessoas no meio social, reconhecendo a diversidade e a heterogeneidade dos indivíduos. Ocorre que nem sempre foi assim. Analisando a história, percebemos que a sociedade se preocupava, sim e demasiadamente, com as pessoas com deficiências. Contudo, a questão não era saber qual o melhor modo de incluir, ou mesmo integrar, as pessoas com deficiências no meio social, mas, sim, saber qual a melhor forma de se abster da convivência com elas. Felizmente, a sociedade evoluiu no que diz respeito ao tratamento destinado às pessoas com deficiências, embora ainda não tenha alcançado o patamar ideal. Vejamos, então, como ocorreu a evolução da sociedade analisando a abordagem realizada neste tópico.

2.1 O período Pré-histórico

O período pré-histórico é caracterizado pela ausência de escrita. Não que não haja história a ser contada, absolutamente. Através de achados arqueológicos, como fósseis e pinturas ruprestes, por exemplo, é que os historiadores tentam desvendar os acontecimentos, os hábitos e os costumes, desta época. Os povos primitivos ainda não haviam aprendido a cultivar o solo. Suas necessidades eram supridas com colheita e com caça, eram nômades, pois. Sendo assim, eram obrigados a se deslocar de região a região em busca de alimentos. Essa mudança constante acabava por expor o grupo aos perigos ocasionados por animais selvagens. Havia a necessidade de cada indivíduo se bastar a si mesmo e, ainda, cooperar com o grupo. É justamente neste ponto que se inicia o questionamento acerca da posição das pessoas com deficiência nesses grupos: Como os primitivos tratavam os nascidos diferentes? Franco e Dias (2005, p.4) relatam o que ocorria com alguns povos nômades de então: [...] [as tribos] abandonavam seus doentes, velhos e pessoas com deficiências em lugares inóspitos, expostos a riscos de confronto com animais ferozes ou com tribos inimigas. Sendo assim, a morte se dava como certa, seja por debilidade extrema, por falta de alimentação ou por ataque de animais ferozes. Não havia o sentimento de culpa, característicos dos tempos atuais. A eliminação era vista de modo prático: tratava-se de retirar obstáculo. Bianchetti (1998, p.28) diz tal fato corresponder a uma *seleção natural*, em suas palavras: "quem não tem competência, não se estabelece". Contudo, existiam tribos que não abandonavam ou exterminavam as pessoas com deficiências. Os motivos para tanto eram os mais variados. Carmo (1991, p.22) assevera que a tribo Xangga, situada norte da Tanzânia, leste da África, por exemplo, não eliminava crianças ou os adultos com deficiências, pois acreditava que: "...os maus espíritos habitavam essas pessoas e nelas arquitetavam e se deliciavam, para tornar possível a todos os demais membros a normalidade." Constatase, pois, a existência de dois extremos quanto ao tratamento da deficiência. Por um lado, tem-se o abandono sob a justificativa da seleção natural, onde os mais adaptados sobrevivem. Por outro, tem-se a aceitação do convívio em virtude de temor a maus espíritos.

2.2 Idade Antiga

A Antigüidade tem seu marco inicial com o advento da escrita. Apresenta como principal característica o fato de propiciar a formação de Estados, ampliando a idéia de nacionalidade e de territorialidade em relação às sociedades do período anterior. Embora tenha havido uma melhor organização social, a visão em relação às pessoas com deficiências, na maioria dessas sociedades, ainda é apresentada com o caráter de empecilho. Rita Magalhães (2003, p. 29-30) assevera que às pessoas com deficiência somente restava duas opções: ou o indivíduo com algum tipo de deficiência era abandonado ou era exterminado. Vale lembrar que tais escolhas, aliás, não eram realizadas pelas pessoas com deficiências, mas, sim, pela sociedade de então. Um exemplo clássico de abandono ocorreu em Atenas, na Grécia Antiga. Os bebês que nasciam com alguma característica diferente dos demais eram postos em uma vasilha de argila e lá eram esquecidos (FRANCO, 2005, p.4). Já em Esparta, o procedimento era distinto. Havia o extermínio dessas pessoas. A sociedade espartana valorizava o corpo atlético e clássico, apto, portanto, a defender sua polis contra seus inimigos. Além do mais, essa sociedade acreditava que pessoas com deficiências eram subumanas, o que justificaria ainda mais tal ato. Realmente, podemos observar não só o destino das pessoas com deficiências como também o dos idosos e doentes à exclusão social na Grécia antiga, ao analisarmos o que relata o texto de Platão (1996, p.71), em *A República*: "[...] Quem não fosse capaz de levar uma existência normal não mereceria cuidados de sua parte [de Asclépio, médico], por ser uma pessoa *inútil* a si mesma e a sociedade" Percebe-se, pois, que a pessoa somente era estimada enquanto estivesse contribuindo de alguma forma positiva para a melhoria da sociedade. O tratamento destinado às pessoas diferentes na Grécia antiga também é externado em sua mitologia. A mitologia grega revela qual a solução que deveria ser adotada pelos gregos em caso de nascer um bebê com deficiência, qual seja, a marginalização, a exclusão social. Um dos mitos que apontam esta saída é o referente ao Minotauro. Tendo nascido com o corpo de homem e a cabeça de touro, o rei Minos, de Creta, manda que construam um labirinto e o coloquem nele. É preferível ocultar o diferente a socializá-lo. Em Roma, nas palavras do filósofo Sêneca, revelando o modo como a sociedade romana tratava as pessoas com deficiências:

Nós matamos os cães danados, os touros feroces e indomáveis, degolamos as ovelhas doentes com medo de que infectem o rebanho, asfixiamos os recém nascidos mal construídos; mesmo as crianças, se forem débeis ou anormais, nós a afogamos, não se trata de ódio, mas da razão que nos convida a separar das partes sãs aquelas que podem corrompê-las.

Como pode ser inferido do texto, há um claro receio em conviver com pessoas com deficiências. Ao que tudo indica, a sociedade romana desta época relacionava as pessoas com deficiências à capacidade de perverter, desvirtuar, os demais habitantes. Na Mesopotâmia, segundo Carmo (1991, p.23) o famoso Código de Hamurabi demonstra o significado estigmatizante atribuído à deficiência:

De hoje em diante... se alguém apagar a marca de ferro em brasa de um escravo, terá seus dedos cortados. Se um médico operar um patricio com faca de bronze e causou-lhe a morte, ou abriu-lhe a órbita do olho e causou-lhe a destruição, terá sua mão cortada. Se um escravo disser ao seu dono: tu não és meu senhor, seu senhor provará que o é e cortará sua orelha. Se um homem bater em seu pai, terá as mãos cortadas[...]

A idéia de que a deficiência é sinal de desequilíbrio, sinal de ação dos maus espíritos, dos demônios, acompanhou a humanidade em diferentes momentos históricos. Vimos que essa idéia já se fazia presente nos tempos primitivos. Agora, também acompanharemos esta idéia na Idade Antiga. Entre os hebreus, a deficiência física e a doença se relacionavam à impureza e ao pecado. Moisés, em seu livro, chegou a afirmar ser proibido ao homem com algum tipo de deficiência oferecer pães a Deus, muito menos se aproximar de seu ministério (CARMO, 1991, p.22). O corpo, a physis humana, adquirira uma importância única. Todas as virtudes se relacionavam ao corpo são e belo. A contrário sensu, todas as impurezas estavam impregnadas nas pessoas com deficiências. A eliminação dava-se em caráter preventivo. A sociedade não admitia a reprodução de espécie defeituosa.

2.3 Idade Média

Na Idade Antiga, uma das principais dicotomias humana era a que envolvia o corpo e a mente, claramente observada em Atenas. Agora, nos tempos feudais, esta dicotomia ainda persiste, contudo, toma nova forma. Influenciado pela Igreja, o pensamento focalizava o corpo e a alma. Havia uma posição ambígua: ao mesmo tempo em que o corpo era considerado um templo sagrado, também era visto como a "morada do diabo", por ser passível de pecado. Por um lado, encontrava-se a punição divina e por outro, a expressão do poder sobrenatural. É com esta nova idéia, a de que o corpo abriga uma alma, que se observa neste período uma tolerância quanto ao direito de existir das pessoas com deficiências. Embora não seja mais apregoada a idéia da eliminação nem do abandono, ao menos não oficialmente, ainda persevera o estigma imputado a essas pessoas. As crianças têm alma e por tal razão não deveriam ser sacrificadas. A explicação para terem nascido diferentes era devido ao fato delas estarem pagando pelos pecados de seus antepassados. A diferença de alguns passa a ser considerada pela Igreja e pela população da época como sendo sinônimo de pecado. Tal ligação à idéia de satânico, de maligno e de demoníaco é revelada em pinturas nos quadros de então. As pessoas com deficiências eram consideradas, muitas vezes, pessoas com poderes especiais, advindo de bruxas, de duendes perversos. O corpo foi menosprezado. A obsessão pela purificação da alma era tão intensa que a prática de jejuns e a autopunição tornaram-se comuns. Inclusive o fogo da Inquisição era visto como purificador de almas. Acreditava-se estar o corpo do deficiente impregnado de maus espíritos. Por tal motivo, não se encontram escritos da Igreja Católica afirmando ter havido queima de pessoas, mas, sim, "purificação das almas" pela chama (BIANCHETTI, 1998, p.33). Outro fundamento à existência de pessoas com deficiência repousava no fato delas proporcionarem oportunidades de salvação dos demais indivíduos, concedendo-lhes a chance de realizar o ato sublime da caridade, que, por mais das vezes, resumiu-se em esmolas ao fim das missas. A infelicidade de uns representava a redenção de outros. No final da Idade Média, começa a surgir uma nova maneira de lidar com as pessoas com deficiências, através do assistencialismo, uma forma de atendimento meramente caritativo. Assim, essas pessoas não mais

são abandonadas explicitamente, vindo, então, a receber cuidados diferenciados em instituições especiais. A sociedade beneficiou a si mesma, ao retirar de seu convívio pessoas que a embaraçavam, e as próprias pessoas com deficiência, ao protegê-las das atitudes cruéis da sociedade. Contudo, tal atitude acabou por marginalizar ainda mais essas pessoas.

2.4 Idade Moderna

A Idade Média lançou as primeiras bases de um pensamento seguindo a lógica científica. Essa lógica foi aprimorada na Idade Moderna. Criou-se um sistema com regras básicas vindo a servir de orientação para um cientista desenvolver sua experiência e, assim, elaborar seu conhecimento. Era o chamado método científico que fazia uso da razão na produção de conhecimento e que até hoje é usado. Nasce, assim, o interesse científico. Esse despertar para ciência, especialmente na área de medicina, principalmente no tocante às pessoas com deficiências, proporciona o desenvolvimento de técnicas com intuito de tratá-las. A deficiência agora é vista como sendo uma patologia, passível de tratamento objetivando sua cura. Entretanto, não é apenas a área dos conhecimentos relacionados à saúde que se desenvolve voltada para a deficiência. O campo dos conhecimentos das ciências exatas também corrobora para tanto. Para as pessoas com deficiências, surge a possibilidade de igualdade através de instrumentos e aparelhagem criados pelo homem com o auxílio do método científico. Todavia, a situação de marginalização, exclusão social, praticamente não sofre alteração. O corpo, nesse momento, passa a ser analogicamente comparado a uma máquina, tendo seu funcionamento explicado por Isaac Newton com o auxílio da sua lei da mecânica, traduzindo o pensamento antes já mencionado por Descartes. Ana Márcia Silva (apud SOARES, 2004, p.24) assevera que: “[...] sendo o corpo humano uma máquina, mas ‘natural’, o que o diferenciaria de outras máquinas, artificiais, seria o seu grau de complexidade e a condição humana de construção de artefatos...”. Assim sendo, observa-se que a diferença, antes relacionada à feitiçaria, doravante, ao pecado, agora estava se relacionando à disfunção do organismo, tendo em vista a analogia realizada entre ele e uma máquina. Ao longo deste período, merecem ser destacado algumas iniciativas tomadas

por certos governantes. Na Inglaterra, o rei Henrique VIII cria a “Lei dos Pobres”, destinada a angariar fundos através da “taxa de caridade”, que serviriam para auxiliar pobres, idosos e pessoas com deficiência. Na França, em 1554, foi criado o “Grand Bureau des Pouvres”, compostos por burgueses influentes, para manutenção dos hospitais da Trindade e das “Petites Maisons”, que auxiliavam os pobres e as pessoas deficientes (CARMO, 1991, p.25).

2.5 Tempos Contemporâneos

A história relativa ao hemisfério ocidental especifica a Revolução Francesa de 1789 como sendo marco oficial que enseja o início deste novo período. O modo de produção reinante é o Capitalista: estágio avançado em relação ao mercantilismo, baseia-se na propriedade privada tanto dos meios de produção quanto da propriedade intelectual, tudo isto apresentando a liberdade de contratação sobre estes bens como sendo indispensável. É sistema do livre mercado. Para acompanhar o sistema capitalista, cada vez torna-se mais necessária a especialização do trabalho e a alta qualificação em virtude da alta concorrência vivida nos dias atuais. Essa especialização teve início com a divisão do trabalho, utilizada pela primeira vez pelo seu criador, Henry Ford. Toffler (apud BIANCHETTI, 1998, p.38) analisa até que ponto é razoável esta especificação ao estudar a autobiografia de Ford:

Em sua autobiografia, Ford registrou que, destas 7882 tarefas especializadas, 949 exigiam ‘homens fortes, fisicamente hábeis e praticamente homens perfeitos [...] verificamos que 670 tarefas podiam ser preenchidas por homens sem pernas, 2637 por homens com uma perna só, duas por homens sem braços, 715 por homens com um braço só e 10 por cegos’. Em suma, a tarefa especializada não exigia um homem inteiro, mas apenas uma parte.

Nota-se que os tempos atuais começam a considerar razoável a idéia de integração das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Ainda que tardia, tal idéia se configura positiva. Sabe-se, todavia, que a evolução de cada sociedade apresenta aspectos peculiares e que ainda hoje podemos encontrar sociedades que vivem em tribos mantendo as mesmas tradições e crenças oriundas

do período primitivo. Encontram-se sociedades nômades, tribos que não fazem uso de escrita, etc. Segundo Oliveira (2005, p.14), ainda estar em vigor na África acreditar que: “[...]os cegos e demais deficientes são, muitas vezes, mantidos fora do alcance do olhar dos outros; crê-se que a sua deficiência é efeito de maldição ou de alguma espécie de castigo do destino.” Todavia, há de se observar que esse conjunto de crenças, de mitos e de preconceitos em relação às pessoas com deficiências, principalmente em relação ao convívio e ao tratamento dispensados a elas, não é unicamente derivado de culturas que ainda estão na Idade Primitiva. Em 1912, havia quem considerasse uma pessoa com deficiência mental um delinqüente capaz de cometer infrações penais a todo instante:

Todo deficiente mental e, sobretudo o imbecil leve é um criminoso em potencial, que não tem necessidade de um meio ambiente favorável para desenvolver e exprimir suas tendências criminosas [...] torna-se então indispensável que esta nação [brasileira] adote leis sociais que assegurem que esses incapazes não propagarão a sua espécie¹.

Somente após as duas guerras mundiais, a maior valorização destinada aos direitos humanos e os avanços científicos tecnológicos é que realmente é iniciada uma nova etapa na história dos deficientes, qual seja, a preocupação com a inclusão social. Era preciso reintegrar os sobreviventes da guerra à sociedade. A partir de então, surge uma nova linha ideológica que tem como meta proporcionar às pessoas com deficiências condições de vida semelhantes às vivenciadas pelas demais pessoas de sua sociedade. Através da integração ou da inclusão, conforme as necessidades de cada grupo.

2.6 Considerações parciais

A situação vivida pelas pessoas com deficiências no decorrer da história encontra-se diretamente relacionada com o modo pelo qual a sociedade percebe ser o diferente também parte de sua organização. Percebe-se claramente a necessidade

¹ Cf. BRASIL. Secretaria de Educação Especial. Deficiência Mental. Natália Soares Carvalho (Org). Brasília: SEESP, 1997

dos homens de encontrar explicação aos fatos, aos fenômenos, ocorrentes em seu espaço. Seja essa explicação atribuída a poderes humanos incomuns, como a magia, ditada por entidades religiosas ou atribuída a conhecimentos fundados em bases científicas. A eliminação e a exclusão, na grande maioria dos casos, justificavam-se para preservar a sociedade. Tal explicação, ao longo da história, foi dada por aquela classe social que se encontrava no poder naquele determinado momento. Era o conveniente para esta sociedade que se incutia na mente da população que, na grande maioria das vezes estava alienada, facilitando, assim, a absorção dessa ideologia sem maiores questionamentos. Somente na metade do século XX encontramos uma preocupação quanto à inclusão das pessoas com deficiências. Vale lembrar que este processo de inclusão não abrange apenas as pessoas com deficiências, mas, sim, todos os grupos que de alguma forma encontram-se marginalizados, excluídos, pois, da sociedade.

3 A CARTA POLÍTICA BRASILEIRA E A INCLUSÃO SOCIAL

A São os anseios sociais que incentivam e fundamentam a elaboração de uma legislação. Em uma sociedade onde o interesse social seja motivado por uma perspectiva de inclusão, certamente que seu ordenamento jurídico também seguirá essa temática. Nos últimos anos, o interesse pela inclusão social de pessoas com deficiências vem aumentando entre as comunidades internacionais. Esse fato foi uma decorrência, principalmente, das conseqüências advindas da última Grande Guerra, que deixou a maioria dos povos imbuída por um espírito humanitário.

Durante grande período da história da humanidade, as pessoas com deficiências foram marginalizadas, quando não exterminadas, do convívio em sociedade. Apenas em meados da Idade Média, surge a prática da política do assistencialismo. O atendimento educacional destinado àqueles com algum tipo de deficiências somente despontou em meados da Idade Moderna. Mesmo com esta evolução quanto ao tratamento social destinado às pessoas com deficiências, ainda nos deparamos com

a exclusão, com a marginalização. As atitudes segregadoras do grupo social são influenciadas por um conjunto de preconceitos oriundos de experiências milenares da humanidade, que acabam por atribuir uma idéia negativa às deficiências, relacionando-as à incapacidade, à anormalidade. Um dos desafios do início do século XXI é proporcionar uma verdadeira inclusão, e não apenas uma integração, das pessoas com deficiências no contexto social. A Carta Política Brasileira de 1988 positivou direitos fundamentais, assegurando princípios básicos garantidores de um genuíno direito à isonomia. Assim, o Brasil, tomado por tal atmosfera humanista, após ter vivenciado mais de vinte anos de ditadura militar, elaborou uma das constituições que mais garantem direitos fundamentais de sua história, chamada, inclusive, de Constituição Cidadã. O sentimento de não discriminação, de igualdade entre todos, pode ser observado desde seu Preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos [...] (grifo nosso)

Observa-se que, além da igualdade, o Preâmbulo admite a existência de uma sociedade diversa, com suas particularidades, repudiando o preconceito.

3.1 Inclusão e Integração social: abrangência terminológica

Muito embora tratemos, no momento, de inclusão social, o que está positivado na Carta Magna é outro termo, qual seja, o da integração social. Pesquisando em um dicionário, observaremos que a diferença entre tais termos é demasiadamente sutil. Contudo, tais termos assumem uma compreensão um tanto quanto complexa ao serem abordados em documentos internacionais. Tais termos:

muito embora almejem ao um mesmo fim, qual seja, a eliminação da discriminação e o efetivo exercício do direito de cidadania por parte daqueles grupos que de algum modo foram marginalizados, representam idéias e formas distintas de aplicação.

Na integração, a sociedade reconhece a existência de discriminação entre seus membros, de desigualdades sociais, e, com a finalidade de tornar tênue tal situação, tolera a presença daqueles indivíduos que a ela conseguirem se adequar através de seus próprios meios. Assim sendo, na integração, aquelas pessoas com deficiências que já estiverem preparadas, isto é, aptas, para conviver em sociedade, no trabalho, na escola, nas atividades de lazer, poderão nela ser inseridas. É requerido um esforço da pessoa com deficiência e de sua família para que a norma constitucional adquira eficácia. Deste modo, na perspectiva da integração, não é proibido a nenhum indivíduo ingressar em um prédio cujo acesso aos andares seja realizado exclusivamente por meio de escadarias. No entanto, se houver necessidade de uma pessoa com deficiência física chegar a um determinado andar, ela terá que o fazer por meios próprios. Não há o dever social em adaptar o ambiente a essa realidade, construindo elevadores, rampas ou algo que equivalha.

Já na inclusão, a não marginalização é apresentada como maior meta. Buscando atingir tal fim, ela exige que o Poder Público e que a sociedade proporcionem condições básicas de vida a todos e de forma hegemônica. Além disso, há o esforço do particular, da pessoa com deficiência, em assumir o seu papel na sociedade. A inclusão toma como fundamento o fato de todos pertencerem a mesma sociedade, sendo garantidos a todos os mesmos direitos. Sendo assim, há um empenho conjunto entre poder público, sociedade e a pessoa com deficiência em tornar o mais eficaz quanto possível o disposto na Constituição Federal.

Deste modo, diferentemente da integração, na inclusão, o Estado e a sociedade não assumem uma posição inerte em relação às barreiras, físicas ou não, que limitam o exercício do direito por parte das pessoas com deficiências. Ao contrário, buscam formas de amenizar possíveis problemas, sempre em busca da melhor solução

para efetivação dos direitos de todos. A Constituição Federal do Brasil, como salientado acima, faz menção à integração. Nada obsta uma interpretação diferenciada desse termo. Analisando a proposta da Carta Política, todas suas normas e seus princípios, observa-se o intuito genuíno de promover de fato uma inclusão social, e não, apenas, uma integração.

3.2 Considerações Parciais

A questão da inclusão das pessoas com deficiências é recente no ordenamento jurídico brasileiro, vindo a ser desenvolvida com maior afinco com o advento da atual Constituição, de 1988. A análise das normas constitucionais nos permite deduzir o verdadeiro espírito de inclusão contido na Constituição Federal, muito embora seja lido em seu texto o vocábulo integração.

4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LUTA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS

O Um dos principais objetivos das ações afirmativas é combater a discriminação social e, por conseqüência, fortalecer o princípio da isonomia. O direito de igualdade resguardado pela Constituição é o da igualdade na e perante a lei, ou seja, igualdade ao elaborar a lei e ao aplicá-la ao caso concreto. Tal princípio veda, terminantemente, qualquer tipo de discriminação negativa, aquela consistente em dispensar tratamento diferenciado para indivíduos em mesma situação, vindo, por vezes, a causar desconforto, por haver menosprezo a eles. Não raro, o princípio da isonomia é ligado à idéia de justiça, no sentido de “dar a cada um o que é seu por direito”. Sendo assim, mister se faz, para atingir o propósito do princípio, qual seja, a igualdade, o tratamento desigual para os desiguais e igual para os iguais. As pessoas com deficiências vêm sofrendo discriminações no meio social há milênios, vitimadas pelo desrespeito, pela rejeição e, até mesmo, pelo extermínio. Somente nas últimas décadas do século XIX, elas, de modo geral, não aceitando tal situação, começaram a lutar com mais intensidade para serem aceitas pela sociedade. As políticas de ações afirmativas buscam compensar, de certa forma, todo o histórico de

marginalização vivenciado pelos grupos minoritários. Tais políticas apresentam como escopo resguardar a diversidade social, a fim de atingir a igualdade de fato. Celi Santos (apud SILVA, 2005, p.) define as ações afirmativas do seguinte modo:

Todas as práticas positivas, com vistas a promover dos excluídos e dos desamparados, as mudanças comportamentais arraigadas por culturas ultrapassadas, o pleno exercício dos direitos inscritos na constituição de 1988, cuja efetividade dessas ações será realizada pelo Estado em parceria com a sociedade civil.

É certo, contudo, que uma igualdade absoluta se configura como uma idéia utópica, tendo em vista que todos os seres humanos são distintos em vários aspectos, como no físico, no psicológico, no intelectual, entre outros. Todavia, mesmo sendo tão diferentes uns dos outros, ainda assim, podemos afirmar que, em essência, todas as pessoas são iguais. Como bem observa José Afonso da Silva (2007, p.213), a “igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie”, e mais ainda, “Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades fenomênicas...”. Por tal razão, entendemos que as políticas de ações afirmativas configuram, hoje, um dos melhores meios de se colocar em prática os direitos não somente das pessoas com deficiência, como, também, de todos os grupos marginalizados.

4.1 Breve histórico da origem das ações afirmativas

Durante um determinado período da história, o Estado seguiu uma política de não intervenção na economia, restringindo-se a observar os fatos, adotando uma política de não fazer. Tal postura inerte, também em relação aos problemas de cunho sócio-econômico, corroborou para concentração ainda maior da riqueza, causando uma acentuação da concentração de renda. A mão-de-obra do trabalhador ganhou caráter de mercadoria, sendo barganhada pelos empregadores pelo menor “salário” possível. A tensão social aumentou e pequenos grupos começaram a sentir o impacto da discriminação principalmente, a priori, quanto à procura por trabalho. Esse processo desencadeado por grupos

minoritários, as chamadas minorias multiculturais, objetivou uma conduta comissiva por parte do Estado, que, através de sua então política do *laissez faire*, não mais supria os anseios sociais. Foi nesse contexto que, nos Estados Unidos da América (EUA), a minoria afro-descendente, não mais suportando o tratamento a ela dispensado, começou a lutar por melhorias através de vários movimentos, tendo como líder Martin Luther King. Demonstrada a relevância sócio-jurídico-econômica desse tema, John F. Kennedy, então presidente dos EUA, decide defender a inserção dessas minorias na sociedade, implementando ações que possibilitassem igualdade entre os indivíduos, além de outras que coibissem a discriminação entre eles. Ele implementou a *Executive Order* nº 10.925, primeiro texto legal a empregar o termo *affirmative actions* com a mesma conotação atual. A partir de então, observou-se uma mudança comportamental do Estado, que começara a intervir na sociedade como um todo, adotando, assim, uma política comissiva. As primeiras ações desenvolvidas pelo governo norte americano com o intuito de promover a inserção de determinadas minorias no convívio social, muito embora procurassem incentivar os grupos econômico-politicamente bem estruturados, tendo em vista que tais grupos poderiam efetivar a inclusão sem maiores dificuldades (no que tange aos aspectos econômicos), careciam, ademais, de critérios mais rígidos e de medidas coercitivas em caso de descumprimento. Assim, houve a necessidade de implementar ações afirmativas mais contundentes, que pudessem de fato incluir os grupos minoritários no meio social.

4.2 Conceito de ações afirmativas

Dada a relevância do tema, muitos estudiosos se debruçaram acerca da conceituação de ações afirmativas. Joaquim B. Barbosa Gomes, por exemplo, define-as “como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física”². Flávia Piovesan (2005, p. 45), a seu turno, entende que

² GOMES, Joaquim B. Barbosa. O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas. Acesso em: 29.02.08 Disponível em: < <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf> >.

as ações afirmativas são “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar o passado discriminatório, objetivam acelerar o processo como alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entres outros grupos”. Paulo Lucena de Menezes (2003, p.41) leciona que as ações afirmativas tratam de:

[...] medidas adotadas em favor de determinados grupos sociais que, por meio de um tratamento jurídico diferenciado e de caráter temporário, têm por escopo corrigir as desigualdades existentes entre estes grupos e uma dada parcela da sociedade na qual eles estão inseridos, desigualdade estas que, na maior parte das vezes, são oriundas de práticas discriminatórias.

Com base nesses conceitos, podemos concluir que ações afirmativas apresentam caráter discriminatório beneficiando um determinado grupo excluído socialmente. Gomes, ressaltando a necessidade da participação do Estado, ao expor “políticas públicas”, confirma a necessidade de haver uma intervenção estatal na sociedade para que tais medidas se concretizem de forma eficaz. Deve-se ter cuidado, ainda, com o caráter temporário das ações afirmativas. Tal característica tem dado ensejo a discussões acirradas, principalmente nos EUA. Discute-se qual seria o melhor tempo a ser dispensado à aplicabilidade de tais medidas, pois sua durabilidade *ad eternum* poderia ocasionar uma discriminação reversa, como bem expõe Alexandre Sturion de Paula em seu trabalho 6. Há de se lembrar que discriminação negativa, aquela em que haja distinção, exclusão, restrição ou preferência que venha a prejudicar o exercício dos direitos humanos, é amplamente combatida pelo Estado Brasileiro, havendo, inclusive diversas leis punindo-a 7.

4.3 Fundamentação filosófica das ações afirmativas: a justiça compensatória e a justiça distributiva

Vimos a pouco que as ações afirmativas, discriminações positivas, são aquelas permitidas e incentivadas pelo Estado, em contraposição às discriminações negativas, que, através de uma conduta comissiva ou omissiva, causam prejuízo às minorias, grupo

marginalizado pela sociedade. Mas qual seria a idéia base para validar a propositura de tais ações no seio social? O que serviu de fundamento justificador para aplicação de tais medidas?

Para alguns estudiosos, a necessidade de implementar ações afirmativas está diretamente relacionada a fatos históricos. Muitas injustiças foram praticadas contra os ascendentes dos grupos que hoje são ditos minoritários. Comparando-se a situação dos descendentes dos grupos minoritários com os descendentes dos grupos dominantes, observa-se claramente, com raras exceções, a disparidade existente entre ambos. A situação de exclusão das minorias teria, então, advindo de uma paulatina marginalização social. O processo de exclusão foi tão duradouro que, em alguns casos, perdurou durante muitos séculos. As ações afirmativas configurariam, assim, políticas permitidas e incentivadas pelo governo e serviriam, pois, para ajudar na equalização entre o grupo marginalizado e os demais membros da sociedade. Aqueles que assim fundamentam as ações afirmativas encontram-se baseados na justiça compensatória 9.

Outra parte dos estudiosos acredita ser a *justiça distributiva* o fundamento de validade das ações afirmativas. Ela considera elementos mais visíveis, que facilmente podem ser considerados como discriminantes, como a cor da pele, o sexo, a credo, a raça, compleições físicas, dentre outros. Admiti-se que as atitudes segregadoras do grupo social dominante são e foram influenciadas por um arcabouço de idéias preconceituosas originárias de experiências milenares da humanidade, que acabaram por atribuir uma concepção negativa a determinado tipo de cor, sexo, credo, raça, deficiência. Todavia, aquilo que servirá de fundamento para implementação das políticas públicas inclusivas é a injustiça social vivenciada pelos grupos marginalizados atualmente. Seja qual for a fundamentação adotada, a compensatória, que apresenta natureza restauradora, ou a distributiva, apresentando natureza reparadora das disparidades atuais, é relevante observar a finalidade de ambas, qual seja, validar um mecanismo essencial na promoção da igualdade material entre os membros da sociedade.

4.4 A concretização da igualdade material através das ações afirmativas

4.4.1 As pessoas com deficiências e o amparo constitucional

A Constituição Federal do Brasil de 1988 contempla determinados valores, escopos e princípios que servem de base para implementação de políticas públicas e privadas que visem melhorar a situação de minorias excluídas do meio social.

Logo no Preâmbulo constitucional, encontra-se o anseio do constituinte da Constituição Cidadã, 1988, qual seja, o de assegurar "a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundamentada na harmonia social". À guisa de curiosidade, comparando-se o preâmbulo da Carta Magna de 1988 com o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1946, percebe-se que muito há de semelhante, como, por exemplo, a promoção da igualdade e da justiça. No entanto, a Lei Maior foi além, ao expressar seu anseio em manter uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Tal fato demonstra o quão avançado foi o Estado Brasileiro, demonstrando, desde seu Preâmbulo, a proteção simultânea aos valores relativos tanto à igualdade quanto à pluralidade entre os membros da sociedade³. Dando início da análise do texto constitucional, logo no art. 3º da Lei Maior, encontramos os fundamentos da República Federativa do Brasil. O inciso I exprime a vontade da Lei em "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Aqui, já pode ser encontrado o primeiro fundamento normativo constitucional que validaria a aplicação das ações afirmativas, tendo em vista o caráter justiceiro que ela trás consigo, ao pretender reparar mazelas advindas de um passado excludente ou de um presente marginalizante. O inciso III reafirma o que acabamos de expor, ao positivar como fundamento da sociedade brasileira reduzir as desigualdades sociais e regionais. As ações afirmativas também apresentam esse objetivo, representando um caminho viável para redução de tais disparidades.

3 HERKENHOFF, João Baptista. Direitos Humanos: uma idéia, várias vozes. Acesso em: 04/03/2008. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro3/c13.html> >.

O inciso IV proíbe o preconceito, além de coibir qualquer forma de discriminação. Há de se ter cautela ao analisar esse dispositivo. As ações afirmativas são meios de discriminação e utilizam como fator de decrímen, na maioria dos casos, os mesmos que foram proibidos por este inciso. Contudo, a discriminação adotada pelas políticas em estudo são consideradas positivas, por visarem efetivar no plano fático o princípio da igualdade material. Todavia, necessário se faz observar com atenção o disposto no artigo 5º da Lei Maior, pois, na tentativa de demonstrar, mais uma vez, o quão relevante é para a sociedade brasileira o princípio da igualdade, tal preceito normativo foi positivado três vezes em seu caput:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Mediante esta breve análise da Constituição, pode-se concluir que todo o texto constitucional será norteadado pelo princípio da igualdade, como acontece de fato. Contudo, apenas expressar tal intuito, sem nenhuma medida concreta efetivar, de pouco tem valia no campo fático. Devido a isso, foram desenvolvidas políticas promovidas pelo governo, a priori, com intuito de assegurar uma verdadeira igualdade material entre os membros da sociedade. Pode-se afirmar que a própria Lei demonstrou o caminho a ser traçado pelos governantes em relação à promoção de tal princípio. Observe-se, por exemplo, o disposto no art. 37, inciso VIII, da Lei. Neste dispositivo, podemos encontrar um enunciado de uma genuína ação afirmativa: "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". Neste exemplo, a Constituição utilizou a medida mais comumente difundida, qual seja, aquela que faz uso do sistema de quotas. Vale lembrar que as ações afirmativas apresentam outros meios para serem efetivadas, como através de incentivos fiscais, de benefícios ou de preferências, por exemplo. Assim sendo, pode-se concluir que as ações afirmativas servem como instrumento auxiliar na promoção da igualdade material, defendida pela Constituição desde seu preâmbulo, reforçada de

maneira expressa e contundente, principalmente nos artigos 3º e 5º, e de modo implícito ao longo de todo o seu texto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação vivida pelas pessoas com deficiências no decorrer da história encontra-se diretamente relacionada com o modo pelo qual a sociedade percebe ser o diferente também parte de sua organização. A Constituição prevê normas especialmente destinadas a atender a comunidade formada por pessoas com deficiências. Observa-se, deste modo, a orientação da Carta Magna a suas leis infraconstitucionais no sentido de garantir direitos e proteger a pessoa com deficiência. A questão da inclusão das pessoas com deficiência é recente no ordenamento jurídico brasileiro, vindo a ser analisada com maior afinco com o advento da atual Constituição, de 1988. Tendo como amparo legal a Carta Magna, as ações afirmativas foram criadas com o intuito de fortalecer o direito à Igualdade material, na medida em que realizam uma discriminação positiva daqueles que se encontram em situação marginalizada, devido a uma exclusão social histórica. Tendo como base o Princípio da Igualdade, objetivando, por intermédio de ações afirmativas, incluir o cidadão com deficiência na vida social, estaremos mais próximos

do propósito positivado no art.3º, I, da CF, qual seja, construir uma sociedade livre, justa e solidária.

6 REFERÊNCIAS

BIANCHETTI, Lucídio. **Um olhar sobre a diferença: Interação, trabalho e cidadania.** Lucídio Bianchetti, Ida Mara Freire (Orgs). Campinas: Papyrus, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. _____, Secretaria de Educação Especial. **Deficiência Mental.** Natália Soares Carvalho (Org). Brasília: SEESP, 1997.

CARMO, Apolônio Abadio do. **Deficiência física: a sociedade brasileira cria, recupera e discrimina.** Brasília: Secretaria de Desporto/PR, 1991.

DEZEN JÚNIOR, Gabriel. **Curso Completo de Direito Constitucional.** 9.ed. v.1. Brasília: Vestcon, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. In: **Cadernos de pesquisa: revista de estudo e pesquisa em educação.** v.35 n.124 jan/abr. Rio de Janeiro: Fundação Carlos Chagas, 2005.

FRANCO, João Roberto. DIAS, Tércia Regina da Silveira. A pessoa cega no processo histórico. In: **Benjamim Constant / MEC.** Centro de Pesquisa, Documentação e Informação. Rio de Janeiro: Ibcentro, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas.** Acesso em: 29 fev.08. Disponível em: <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos: uma idéia, várias vozes.** Acesso em: 04/03/2008. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro3/c13.html>>.

MENEZES, Paulo Lucena de. Ação Afirmativa: os modelos jurídicos internacionais e a experiência brasileira. In: **Revista dos Tribunais.** Ano 92 v. 816. São Paulo: RT, 2003

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 20.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PLATÃO. **Diálogos III: A República.** 22 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

MAGALHÃES, Rita. **Traduções para as palavras diferença/ deficiência: um convite à descoberta.** Reflexões sobre a Diferença: uma introdução à educação especial. Rita de Cássia Barbosa Paiva Magalhães(Org). 2.ed. Fortaleza: Demócrito Rocha, 2003.

OLIVEIRA, João Vicente Gonzarolli de. Sobre a cegueira, a deficiência e a escravidão: o caso africano. In: **Benjamim Constant / MEC.** Centro de Pesquisa, Documentação e Informação. Rio de Janeiro: Ibcentro, 2005.

SILVA, Edilson Gomes da. **Ações Afirmativas e a Efetividade do Acesso das Pessoas Portadoras de Deficiência Física.** Ações Afirmativas e Inclusão Social. Eliana Franco Neme (Coordenadora). Bauru: Edite, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Carmen Lúcia. **Corpo e história.** 2.ed.(Coleção educação Contemporânea). Campinas,SP: Autores associados, 2004.

O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO BRASILEIRO: ANTECEDENTES E PERÍODO DE FORMAÇÃO

THE JUDICIARY IN BRAZIL, HISTORY AND FORMATION CYCLE

Plínio Régis Baima de Almeida
Procurador do Estado do Amapá
Especialista em Direito Tributário
E-mail: pliniobaima@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A HERANÇA DA BUROCRACIA ESTATAL PORTUGUESA; 3 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL COLONIAL; 4 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL INDEPENDENTE; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 THE LEGACY OF THE PORTUGUESE STATE BUREAUCRACY; 3 JUDICIAL ORGANIZATION IN COLONIAL BRAZIL; 4 JUDICIAL ORGANIZATION IN BRAZIL INDEPENDENT; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: O conhecimento histórico é pressuposto à compreensão crítica do direito. Insere-se, nessa perspectiva, o Poder Judiciário, cuja atividade está intimamente ligada ao conhecimento jurídico. Dessa forma, importante conhecer as bases históricas que originaram o Poder Judiciário para melhor compreender a sua atuação na sociedade contemporânea brasileira a auxiliar diagnóstico que propicie uma atividade jurisdicional mais próxima dos valores republicanos e democráticos.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Conhecimento histórico. Burocracia portuguesa.

Abstract: The historical knowledge is required to the critical understanding of the right. At this point, the judiciary inserts it-self with activities closely linked to juridical expertise. So, it's important to know the historical bases that originated the Judiciary to understand the interaction with the contemporary Brazilian society and help to provide information for juridical activities closer to democratic and republican values.

Keywords: Judiciary. Historical knowledge. Portuguese bureaucracy.

1 INTRODUÇÃO

Compreender o Poder Judiciário brasileiro implica necessariamente entender as causas e fundamentos que o constituíram, através dos quais torna clara sua forma de atuação, já que muitos dos problemas atuais encontram sua razão de ser em formas institucionais do passado. Dessa forma, não se pode diagnosticar o judiciário atual sem antes identificar as razões que o levaram à forma que se apresenta, sob pena de conduzir superficialmente a um propósito de modelo evolutivo sem que se pondere questões intrínsecas de sua constituição.

Seria contraproducente pensar a história do judiciário brasileiro sem verificar a influência da burocracia estatal portuguesa como fonte de constituição inicial e de valoração. Importa, portanto, ao presente trabalho, resgatar parte da história que envolveu o judiciário com o objetivo de representar ao máximo os efeitos que ainda hoje se manifestam na sua atuação funcional. O conhecimento fático-histórico é, portanto, pressuposto à reflexão crítica, sendo necessário o seu domínio para contrabalancear o modelo político que conduz a prática judiciária a uma resposta social eficaz às exigências da democracia.

2 A HERANÇA DA BUROCRACIA ESTATAL PORTUGUESA

O Brasil herda de Portugal uma organização administrativa hierarquizada e rígida, fruto da necessidade comercial portuguesa em expandir-se, na busca de especiarias, mão-de-obra e mercado consumidor. O financiamento das grandes navegações pela coroa portuguesa acarretou uma privilegiada concentração de riqueza e poder nas mãos do monarca que, em contrapartida, fortaleceu-se diante de uma aristocracia que dispunha de um poder próprio exercido numa esfera territorial do feudo, tecendo, de forma centralizada, um sistema administrativo em que todos dele dependiam.

Para que tivesse controle e gerência do fecundo "comércio",

o Rei de Portugal criou uma rede hierarquizada de funções, atribuindo a pessoas de sua confiança o exercício de atividades convergentes aos seus interesses. Em um processo de nova formulação política que sustentou a formação do Estado moderno, a monopolização de força do monarca acarretou a homogeneização da ordem, a qual deveria ser verificada e aplicada aos súditos. Carvalho (1981, p. 25), assinala a importância desse tipo de concentração do poder do monarca no processo de modernização política do Brasil:

Substantivamente, o processo exigiu a concentração do poder nas mãos dos monarcas em detrimento da igreja e da nobreza. O imperium impor-se-ia lentamente ao sacerdotium, o absolutismo à dispersão do poder nas mãos dos barões feudais. Particularizando, a transformação envolveu principalmente o progressivo controle pelos monarcas da aplicação da justiça, tirando-o das mãos da igreja e dos feudos; a ampliação do poder de taxaço e a monopolização do recrutamento militar. Os três processos estavam, aliás, estreitamente vinculados, pois o controle do aparato judiciário era importante para a arrecadação de impostos e estes eram indispensáveis à manutenção das burocracias civil e militar, que por sua vez reforçavam o poder de controle e de taxaço.

O prematuro sistema capitalista português, de natureza mercantilista, necessitava, como forma de administrar-se, de um modelo que, ao mesmo tempo em que possibilitasse ao monarca o controle da atividade comercial, conferisse uma estabilidade social (WEBER, 1978). A formação de uma administração centralizada possibilitou tanto a unidade dos prematuros Estados, nos séculos XIV e XV, como auxiliou a expansão do comércio marítimo europeu.

Não obstante se admita o modelo administrativo centralizado ou burocrático como um dos acontecimentos determinantes na formação dos Estados mercantilistas, não se pode esquecer o fato de que este modelo sofreu variações entre os países europeus. Na tentativa de diferenciar as diversas experiências de formação do Estado moderno, Carvalho (1981, p. 29) formula uma classificação constituída por três ordens distintas: "primeiros países de revolução burguesa", onde o parlamentarismo exerceria maior influência. É

o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos; “países de revolução burguesa retardada”, nos quais se traçou um convívio entre as elites burocráticas e as representativas; e por último, os “países de revolução burguesa abortada”, onde houve o predomínio da burocracia. Neste se insere Portugal.

A formação do corpo administrativo português destoa do tipo burocrático ideal preconizado por Max Weber. Três características marcam o modelo weberiano: existência de normas abstratas que regulem as atividades da administração, dos administrados e do chefe da administração; relações de autoridade entre indivíduos postos numa estrutura hierarquizada de funções, o que infere em uma complexa divisão de trabalho, além de uma nítida separação entre cargo e indivíduo; por fim, uma recompensa salarial aos que compõem o quadro de funcionários da administração (BOBBIO, 1998)¹.

No prematuro Estado português², a mais alta escala de hierarquia era ocupada pelo monarca, o qual era responsável pela distribuição dos cargos na realidade política de sua administração, “[...] resultado fatal, inelutável do rei comerciante, confundida a exploração econômica com a guerra e a administração pública” (FAORO, 2001, p. 99). Onde havia cargo cabia uma negociação. Quando faltava esse, criavam-se novas “tarefas” e, como consequência, novos cargos; tudo para não desprestigiar os fidalgos da época. Forma-se, portanto, em virtude de uma onda de progresso impulsionado pela expansão marítima financiada pela Coroa, um verdadeiro “balcão” de troca e venda de cargos, já que títulos e cargos eram considerados prerrogativa e posse de nobres.

Comparato (2003, p. 184 – 185) reforça o caráter comercial da investidura de cargos no processo de burocratização típico dos Estados modernos, comparando-o à relação de vassalagem própria

1 Numa análise comparativa entre o modelo de Weber, acima sucintamente descrito, e o inicialmente desenvolvido no Estado português, encontramos diferenças que, sob um olhar sistemático e linear, não identificariam uma administração burocrática em Portugal. Não obstante, é preciso lembrar que Max Weber teorizou sobre um modelo que para ele seria o “ideal”, não se podendo exigí-lo, portanto, a uma administração em vias de formação.

2 Note-se que o Estado português forma-se já no século XIV, quando a maior parte do território europeu estava em regime de fracionamento e dispersão.

da antiga sociedade romana:

Tudo isso contribuiu para moldar, duradouramente, a estrutura da sociedade portuguesa em torno do poder monárquico. Os senhores, em lugar de autênticos vassallos, ligados por um pacto de honra ao soberano, reconheceram-se desde cedo como clientes deste, reproduzindo-se com isso a situação vigorante na sociedade romana em torno do latifundiário. Com a passagem do poder pessoal do rei ao poder impessoal do Estado Moderno, a velha clientela tornou-se burocrática, capturando para si empregos, rendas públicas ou privilégios de negócio.

Os funcionários-clientes são, por conseguinte, recompensados com benefícios de toda ordem, que vão desde a troca de favores (na sua maioria demonstrando uma escala de dependência e submissão ao Rei) até pagamentos em pecúnia financiados pelo Estado. Fora de uma esfera de critérios impessoais de competência, os cargos, como já ressaltado, são distribuídos de acordo com o arbítrio do monarca. Dessa forma, a personalidade na ocupação torna impossível uma distinção entre cargo e funcionário, fazendo com que aquele seja exercido longe de sua natureza pública, enquanto o status de funcionário público a serviço do Rei se confundia com o poder a ele atribuído³.

Faoro, ao dissertar sobre a consolidação do comércio em Portugal, condensou bem o fenômeno do funcionalismo português e a estrita relação de personalidade e fidalguia entre cargo e poder através dele exercido ao afirmar que (2001, p. 100):

A voracidade comercial, a conquista ao serviço do trato das especiarias, a artilharia encobrindo a avareza culminam numa corrente burocrática, presidida pelo rei. O funcionário está por toda parte, dirigindo a economia, controlando-a e limitando-a a sua própria determinação. Uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela do poder que o acompanha.

3 Alguns cargos eram “sublocados” ou sub-rogados a terceiros, tais como o de Oficial de Justiça.

O texto revela-nos uma realidade estranha para os padrões atuais que foi comumente praticado durante a expansão marítima, e que marcou a formação da sociedade capitalista do mercantilismo. Percebe-se, com isso, que a estrutura administrativa constituída durante a formação do Estado Português orbitava em torno do monarca, ao qual estavam subordinados todos os funcionários. O patrimônio do Rei se confundia com o próprio patrimônio do Estado, fazendo daquele proprietário de quase tudo contido nos limites territoriais de Portugal. "Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos da família ou em obras e serviços de utilidade geral" (FAORO, 2001, p. 23).

A essa cultura, cujo traço limítrofe entre o público e o privado só conhece guarida na exatidão de seus conceitos, dá-se o nome de "patrimonialismo", de onde, no estado português em vias de formação, "... brota a ordem estamental e burocrática, haure a seiva de uma especial contextura econômica, definida na expansão marítima e comercial..." (FAORO, 2001, p. 236). Longe do modelo burocrático ideal de Max Weber, não se pode negar que o modelo patrimonialista desenvolvido em Portugal influenciou a formação da burocracia adotada no Brasil, a ponto de afirmarmos que o patrimonialismo, que Weber faz questão de contrapor ao sistema burocrático considerado por ele como próprio do Estado moderno, foi a forma inicial e prematura deste, agora evoluído para atender às novas necessidades do capitalismo globalizado.

O modelo burocrático adotado no Estado português, quer como medida necessária à unificação do poder nas mãos do monarca, quer como resultado de uma cultura de troca de favores reservada aos fidalgos, obteve marcante e decisivo apoio da denominada "nobreza de toga". "Como em outros países nos quais se fortaleceu o poder real, nessa época o instrumento de execução da política centralizadora foi a constituição de um núcleo burocrático fiscal e judicial junto ao monarca" (WEHLING, A. e WEHLING, M., 2004, p. 34).

3 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL COLONIAL

Não obstante tenhamos ciência da importância dos fazendários na constituição do corpo burocrático português, focaremos-nos na análise do judiciário. Segundo WEHLING A. e WEHLING M. (2004, p. 250), a importância dos juristas na denominada "administração profissional" portuguesa é facilmente verificada, pois:

A prestação da justiça pelo rei, um dos mais fortes instrumentos de centralização do poder no contexto absolutista, supunha a existência de um grupo razoavelmente profissional de juizes de fora, corregedores, ouvidores e desembargadores, responsáveis pela aplicação o mais uniforme possível do direito.

As dificuldades de organização na formação do Estado absolutista português foram amenizadas com o treinamento, voltado para o exercício do funcionalismo, de uma elite nos cursos de Direito, principalmente na Universidade de Coimbra, fundada em 1290. A esses juristas reservava-se a função de defesa institucional do Estado e do monarca, para o qual deviam plena fidelidade. Carvalho (1981, p.29) dá corpo à afirmação do legado dos juristas em Portugal quando ressalta que:

A presença marcante dos legistas na formação de quase todos os Estados modernos seria ainda mais acentuada em Portugal, onde as Cortes de Coimbra já tinham proposto em 1385 que eles fossem representados junto com a nobreza, o clero e o povo. Nesse mesmo século tornou-se obrigatório a nomeação de legistas para os postos mais altos da burocracia. Como uma das conseqüências, entrou em vigor em 1446 o Código Afonsino; o primeiro Código Legal a ser redigido na Europa.

Logo após, complementa o autor (1981, p. 34), traçando uma bifurcação conceitual do "legista" entre juristas e advogados e elucidando ainda mais a participação daquele na defesa do poder do monarca:

Os juristas estavam para os Estados absolutos assim como os advogados estavam para os Estados liberais. Não foi por acaso que advogados estiveram desde cedo presentes na política inglesa e particularmente na americana, ao passo que pouco se distinguiram na França, e ainda menos na Prússia e em Portugal. Os advogados eram frutos da sociedade aquisitiva e quanto mais forte esta tanto maior sua influência e mais generalizada sua presença. Os juristas, por outro lado, principalmente os de tradição romana, preocupavam-se antes com a justificação do poder real e com a montagem do arcabouço legal dos novos Estados. Daí também terem sido os países menos liberais os que se caracterizam pelos grandes códigos legais, ao passo que a Inglaterra e Estados unidos ficaram conhecidos pelo maior peso do direito consuetudinário, a *common law*.

Longe de uma concepção inovadora, em que pese a diversidade étnica, cultural e a extensão territorial, o reino português buscou implementar no Brasil modelo parecido ao já estabelecido com sucesso em seu território. Ao optar pela posse efetiva do território, quando do reconhecimento de seu valor econômico (principalmente após a cultura do açúcar) foi enviado ao Brasil um grupo, chefiado por Martins Afonso de Sousa, que viria a ser responsável pelas primeiras instalações administrativas (Câmara Municipal; Igreja; cadeia; escolha dos funcionários reais) em São Vicente (QUEIROZ, 1969).

No início do período colonial, com a dificuldade encontrada pela Coroa portuguesa em estabelecer o centralismo jurídico-administrativo já plenamente desenvolvido na metrópole, a "jurisdição" ficou dividida em estamentos, dos quais encontrávamos principalmente o poder local exercido pelos latifundiários em seus domínios, a Câmara Municipal e o clero. Em coincidência irônica, os barões feudais, os quais viram reduzidos seus poderes políticos em Portugal com a ascensão do comércio, revigoraram-se, agora tendo a terra como principal fonte de riqueza na nova colônia. A relação da Igreja com o Estado português dava ao clero forte influência nas decisões finais conduzidas no âmbito municipal, principalmente por se ter como justificativa maior para a colonização a catequização

dos "selvagens" ali encontrados.

As câmaras municipais exerciam parcela do poder político e judiciário na colônia. Alguns historiadores, como é o caso de Queiroz (1969, p. 14 - 15), atribuíam à câmara significativa importância nas relações de poder exercidas na colônia, pois era responsável por diversas atividades, dentre as quais

judgavam ações de injúrias verbais e pequenos furtos; à Câmara prestavam contas os tesoureiros e procuradores do Concelho, tinham a seu cargo a administração dos bens municipais, jurisdição sobre caminhos, fontes etc., e autoridade para taxar serviços e produtos, 'tudo o que se comprava e vendia, com exceção de pão, vinho e azeite', etc. (sic)

Para o restabelecimento da ordem na colônia, Portugal se via obrigado a ceder às pressões políticas desses três grupos, muitas vezes tendo que tomar decisões aquém da ordem legal por ele estabelecida. Percebendo a necessidade de instituir estabilidade social à colônia para atingir aos fins econômicos a esta destinados, a coroa portuguesa resolveu implementar o modelo jurídico-administrativo burocrático já consagrado em seu território e o qual acarretou maior domínio ao monarca.

Uma das formas encontradas pela coroa para retomar o poder de forma centralizada foi a instituição de tribunais. De início, em 1609, foi instituído o Tribunal de Relação da Bahia. Sob uma visão fortemente influenciada pelo Direito Romano, posicionou a coroa, formal e abstratamente, o magistrado num patamar "além-sociedade", longe de seus vícios e de pressões de ordem político-econômica. A relação entre a magistratura e a sociedade torna ainda mais clara a preocupação da Coroa em manter a "imparcialidade" (leia-se, parcialidade a seu favor) dos seus magistrados na colônia:

Parece clara a orientação [...] de reforçar o caráter institucional distinto do tribunal, no que diz respeito aos desembargadores, em relação à sociedade que sofria os efeitos de suas decisões. Essa orientação, que já ocorria anteriormente e que objetivava

garantir a isenção de julgamento, aplicava-se a uma sociedade estamental cujos vínculos sociais de tipo comunitário, caracterizados pela família extensa, pelo compadrio e pelo clientelismo eram muito fortes. (WEHLING A. e WEHLING M., 2004, p. 287)

Na busca de uma justiça burocrática honesta e leal ao paradigma real, criaram-se privilégios aos membros do judiciário, os quais iam desde esforços para elevar o prestígio e status dos magistrados a uma tentativa pueril de isolá-los dos demais membros que compunham a sociedade. Para atingir seus objetivos, a coroa portuguesa chegou a ponto de proibir expressamente o exercício pelos membros da Relação de atividades econômicas e o casamento destes com mulheres da colônia (SCHWARTZ, 1975). Evidente que as tentativas da coroa deram-se por frustradas, porquanto, tendo em vista a natureza aleatória do corpo social, *"isolating the desembargadores from society was impossible. The magistrates were no better or worse than the society in which they lived and they often sought to use their Office for personal gain"*⁴ (SCHWARTZ, 1975, p. 174).

Mesmo contra a cartilha da coroa, não eram incomuns casamentos dos desembargadores da Relação com mulheres locais e muitos realizavam atividades econômicas proibidas. O poder e status por eles exercidos eram um forte atrativo para as famílias latifundiárias. A ligação destas com os magistrados da burocracia real possibilitava expressiva influência de seus interesses junto à Coroa.

The relationship established between desembargadores and elements of Brazilian society during the early years of the seventeenth century set the pattern for the remainder of the colonial period, even though specific conditions changed over time. The tribunal never fully ceded its independence and authority, but individual magistrates did become linked by kinship and interest to Brazilian society⁵. (SCHWARTZ, 1975, p. 190)

4 No português: "Isolar os desembargadores da sociedade era impossível. Os magistrados não eram nem melhores nem piores do que a sociedade em que viviam e muitas vezes procuravam usar seu cargo para proveito pessoal".

5 "As relações estabelecidas entre os desembargadores e os elementos da sociedade brasileira no início do século XVII estabeleceram o padrão para o período colonial restante, mesmo que, com o tempo, condições específicas tenham sido mudadas. O Tribunal nunca abriu mão totalmente de sua independência e autoridade, mas os magistrados individualmente se ligaram à sociedade brasileira por laços de parentesco e de interesse".

Constituído para atender aos fins destinados pela coroa portuguesa e sujeito a relações de interesse de seus membros com elementos da sociedade colonial, o judiciário encontrava-se bastante longe do grau de independência pela qual viria ser pensado no constitucionalismo moderno. Via-se, dessa forma, imerso a um duplo dilema que comprometia a imparcialidade de sua atuação: de um lado, do ponto de vista institucional, a obediência junto às determinações da coroa, de onde dependia a manutenção e a ascensão profissional dos magistrados; do outro, as relações de parentesco e de interesses de seus membros, das quais se originava em perigoso precedente de pressões da aristocracia da colônia. Talvez, por esses motivos, tenham os desembargadores se envolvido com vários escândalos e disputas de poder, sendo decisivo para que a coroa optasse pelo fechamento do Tribunal de Relação da Bahia de 1626 e 1652 (SCHWARTZ, 1975).

Dessa forma, percebe-se um judiciário longe de adquirir independência junto ao executivo por se mostrar originariamente como uma estrutura burocrática focada na centralização do poder do monarca e domínio deste, ao mesmo tempo em que, distante fisicamente do poder coercitivo português, via-se na colônia fragilizado diante de uma sociedade latifundiária e escravocrata, onde o setor econômico destacava-se nas relações de poder, dificultando sobremaneira a efetivação, ainda que parcial, da cartilha imposta pelo Estado português.

4 A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL INDEPENDENTE.

Com a longa estadia da coroa portuguesa em solo colonial, motivada pela expansão napoleônica na Europa Ocidental no início do século XIX, surgiu forte sentimento de progresso e valorização da colônia que, logo após, receberia o status de Reino Unido (1815). Não foi por acaso a insurgência de movimentos de libertação durante a época, motivados pelo ideário liberal das revoluções burguesas francesa e estadunidense, dos quais podemos destacar os revolucionários pernambucanos de 1817.

Em 24 de abril de 1821, já com o retorno da Coroa a Lisboa, foi promulgado um decreto de conteúdo conservador, cujo texto deu margem a uma interpretação obscura findada em um retorno do Brasil à posição de colônia portuguesa. Nesse sentido, comenta Bonavides (2001, p. 194):

A linguagem do decreto de 24 de abril de 1821, por exemplo, arrogante, capciosa e ambígua, inculcava uma retroação colonialista; já não falava em Reino Unido, mas em Províncias ultramarinas e Estados Portugueses de Ultramar, ao mesmo passo que parecia atentar contra a política de aglutinação do Príncipe Regente, cuja autoridade buscava desconsiderar e enfraquecer.

A possibilidade de retorno do Brasil à condição de colônia gerou forte desconfiança por parte da elite política e econômica, a qual não queria abdicar dos privilégios conquistados frente à coroa portuguesa; o que serviu como estopim à proclamação da independência. Posteriormente, como fruto da frustração da Constituinte de 1823⁶, a qual “deixara, em grande parte, uma impressão dolorosa e de sobresaltos” (sic) (LEAL, 2002, p. 93), nasce em 1824, por meio de ato de outorga de Dom Pedro I, o primeiro texto constitucional brasileiro.

Inspirado na teoria de Benjamin Constant, o prematuro constitucionalismo monárquico brasileiro instituiu a figura de um quarto poder alheio à concepção tripartite defendida por Montesquieu. Criado por Constant para atender a uma função de poder judiciário dos demais poderes, exercendo seu papel de fiscalização e controle de forma “neutra”, o Poder Moderador dota-se, na primeira Constituição do Brasil, de uma semântica centralizadora que o distancia de sua doutrina original. Ao tratar do Poder Moderador, sustentava o artigo 98 da Constituição Imperial de 1824, in verbis, que:

art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu

⁶ Sobre a primeira constituinte brasileira: LEAL, Avelino de Araújo. História constitucional do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2002.

Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.

Cabia ao Imperador o exercício do Poder Moderador, além da chefia do Poder Executivo, o que o tornava quase supremo diante dos demais poderes, quais sejam, Legislativo e Judiciário. A Constituição de 1824, ao mesmo tempo em que esboçou uma certa identificação com a ideologia liberal, como se pode constatar com a defesa da divisão e harmonia dos Poderes Políticos (Legislativo; Executivo; Judiciário) “como princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (art. 9º da Constituição de 1824), sustentou, contraditoriamente, ao atribuir ao Imperador o status de “moderador dos demais poderes”, uma estrutura política centralizadora característica dos estados absolutistas. Nesse sentido, é clara a afirmação de Silva (2003, p. 29):

A verdade é que o Imperador detinha um poder eminentemente político e ativo, pelo qual interferia em tudo, como dissemos: agia sobre o Poder Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, em lista tríplice, dos senadores vitalícios; atuava sobre o Poder Judiciário pelo direito de suspender os magistrados; influía sobre o Poder Executivo pelo direito de nomear e demitir livremente os ministros de Estado; influía sobre a autonomia das províncias pelo direito de suspender as resoluções das assembleias provinciais; atuava sobre a administração do País como chefe do Poder Executivo, que exercia por meio dos ministros. Por isso é que se dizia que, aqui, o Rei reinava, governava e administrava. (grifo original)

Oportunas ainda as palavras de Bonavides (2001, p. 196 – 197) ao analisar a importância do Poder Moderador naquilo que denominou ironicamente de “constitucionalização do absolutismo”:

Nossa primeira ‘ditadura constitucional’ ocorreu ao alvorecer do Império. Foi obra do Poder Moderador, configurado, em verdade, um estranho paradoxo, do ponto de vista teórico, porquanto veio a ser

exercitada precisamente por aquele Poder que havia sido concebido, teoricamente, pelo menos como uma espécie de corregedoria dos três ramos em que se divide o exercício da soberania nacional (executivo, legislativo e judiciário).

Demais disso, o Poder moderador era a programação deliberada da ditadura porquanto contrariava a regra substantiva de Montesquieu da divisão e limitação dos poderes.

Mesmo ciente da dificuldade encontrada pelo imperador na implementação da doutrina constitucional por ele outorgada, tendo em vista o vastíssimo território ainda não ocupado e a disputa de poder entre diversos setores da sociedade local, o centralismo instituído pela Constituição outorgada de 1824 foi sentido pela população, gerando forte descontentamento em âmbito municipal. Nesse diapasão, Queiroz (1969, p. 37 – 38) destaca bem essa marcante passagem do centralismo imperial na história local brasileira, ao afirmar que:

A centralização era mais do que evidente; o senhor rural perdia toda a possibilidade de governar seu município; qualquer coisa que tentasse fazer as menores posturas municipais de ordem administrativa e econômica, precisariam da aprovação do governo supremo; a câmara podia expedir posturas (excluídas as judiciais), mas valeriam só por um ano e, para durar, necessitavam da aprovação da assembléia geral do Rio.[...] Ela desencadeou uma onda de descontentamentos que se concretizou em movimentos como a Confederação do Equador, em Pernambuco, e a República de Piratini, no Rio Grande do Sul. (sic)

Na prática, a divisão dos poderes como diagnóstico do estado liberal contra o velho absolutismo não atingiu bons níveis de realização no prematuro Estado brasileiro, encontrando, porquanto, dificuldades várias para superar as barreiras formais da estrutura pela sistematização do constitucionalismo moderno. É em meio a essa atuação que o judiciário brasileiro há de principiar-se, dependente e ajojado ao vírus do absolutismo.

A Constituição de 1824 não poderia oferecer significativa mudança diante de uma estrutura social já bastante consolidada. Mesmo com as formulações liberais pelas quais passou o sistema judicial no Brasil independente, em que pese as da lei da Justiça de Paz, do Código de Processo Criminal, do Código Criminal e da lei n. ° 261 de 1941, em defesa de uma nova política judicial descentralizadora, aspectos importantes herdados da formação judicial burocrática portuguesa ainda desvirtuavam o propósito de uma atuação imparcial dos magistrados. Em Carvalho (1981, p. 36), encontramos importante subsídio que relata o judiciário de um Brasil independente, porém longe de assumir-se, do ponto de vista empírico, como um poder imparcial e igualmente independente:

O Brasil, como já dissemos, disporia, ao tornar-se independente, de uma elite ideologicamente homogênea devido a sua formação jurídica em Portugal, a seu treinamento no funcionalismo público e ao isolamento ideológico em relação a doutrinas revolucionárias. Essa elite iria reproduzir-se em condições muito semelhantes após a Independência, ao concentrar a formação de seus futuros membros em duas escolas de direito, ao fazê-los passar pela magistratura, ao circulá-los por vários cargos políticos e por várias províncias.

Diante de uma Constituição dita liberal que, ao mesmo tempo em que declarava independente o “Poder Judicial” (art. 151), concedendo aos seus membros vitaliciedade no exercício do cargo (art. 153 que atribui perpetuidade aos Juizes de Direito), atribuiu-se ao Imperador o poder de remover juizes ou mesmo suspendê-los (art. 153 c/c art. 154). Não se poderia, portanto, exigir dos magistrados um sentimento democrático ou republicano de uma ideologia que se encontrava distante das metas e métodos traçados pelo Estado na figura centralizadora do Imperador.

O magistrado, além de exercer de forma acuada a atividade judicante em decorrência de uma submissão constitucionalmente deflagrada, via-se jungido a interpretar os litígios a ele submetidos de acordo com a lei, sob pena de responsabilidade. Percebe-se, com isso, uma atuação judicial despropositada das necessidades sociais, exercendo uma função subserviente às vontades do chefe

do executivo, onde ao judiciário incumbia a manifesta defesa dos interesses representativos do Imperador.

Longe de afirmar que o Judiciário encontrava-se como “vítima” de um sistema autoritário, latifundiário e excludente, cabia situá-lo nessa época como parte orgânica de composição desse sistema, exaltando-se a relação dos seus membros com parte da sociedade da época. A dispersão do poder político verificado no período colonial marcará fortemente tanto o Brasil imperial quanto a primeira república, emergindo, em virtude disso, o denominado coronelismo oligárquico: fenômeno típico da sociedade latifundiária brasileira (SILVA, 2003). O poder e status atribuídos ao cargo público de magistrado, como relatado no momento anterior, diferente do efeito isolacionista pretendido pelo poder central – o que acontecia apenas com a população marginalizada –, aproximavam ainda mais essa elite econômica, que via com bons olhos o relacionamento com representantes diretos do Império.

Os magistrados, em que pese os esforços do poder central para isolá-los da sociedade com o fito de proporcionar uma atuação imparcial, acabaram por se envolver com os coronéis: verdadeiros detentores do poder político e econômico local. Já no Império, essas relações, que antes se via como excepcionais pela coroa portuguesa, tornaram-se regra na política brasileira, a ponto de situar aqueles que possuíam bacharelado em direito numa escala de ascensão aos principais postos da hierarquia estatal (KOERNER, 1998).

Cursar direito não significava, portanto, apenas seguir futuramente a carreira de magistratura. Para o bacharel em direito no período colonial, em termos gerais, a carreira jurídica não possuía lógica se junto com ela não se ingressasse na política; esta sim poderia ser exercida sem que fosse preciso o “sacrifício” de uma magistratura. No entanto, mais lógico para o jovem bacharel que ansiasse ascender mais rápido na carreira política seria exercer um cargo na judicial. Nas faculdades de direito, o ensino era voltado para a ocupação de cargos jurídicos burocráticos do Império e para o futuro exercício da atividade política. “Uma carreira típica para o político cuja família não possuía influência bastante para levá-lo diretamente à Câmara começava pela magistratura (...) Logo após

a formatura, o candidato à carreira política tentava conseguir uma nomeação de promotor ou juiz municipal...” (CARVALHO, 1981, p. 93).

As palavras de Koerner (1998, p. 44 a 46), ao relatar o papel político do bacharel em direito no período imperial, não poderiam ser mais oportunas:

[...] Nas academias de direito, os estudantes aprendiam apenas a reproduzir as técnicas e praxes estabelecidas: eles adquiriam especialmente um determinado estilo de ação política e estabeleciam ligações pessoais. A formação voltada para o exercício de cargos no Estado havia sido o objetivo explícito da criação das academias de direito de São Paulo e de Olinda. Na academia de São Paulo.

[...]

O aprendizado tinha então como objetivo a aquisição de determinado estilo de comportamento político, o da ação pautada pela prudência e moderação.

[...]

Após a formatura, o investimento intelectual do bacharel em direito no conhecimento técnico-jurídico era reduzido, porque na sua carreira entrelaçavam-se perspectivas de atividades de caráter judicial e político, nas quais a ascensão se dava por intermédio de bons padrinhos, em vez de algum sistema institucionalizado de mérito. A carreira política dos jovens bacharéis em direito freqüentemente iniciava no cargo de juiz municipal. Esse cargo era a ‘antesala’ na qual era posta à prova sua fidelidade.

No mesmo sentido, Faoro (2001, p. 446) torna ainda mais claro o papel desempenhado pela comunidade jurídica no Império, situando o modelo de formação acadêmica dos bacharéis como reflexo/exigência da formação sócio-política brasileira:

O bacharel, o pré-juiz, o pré-promotor, o pré-empregado, a véspera do deputado, senador e ministro, não criam a ordem social e política, mas

são seus filhos legítimos. O sistema prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia, regulando a educação de acordo com suas exigências sociais. Eles não são as flores de estufa de uma vontade extravagante, mas as plantas que a paisagem requer, atestado pelo prestígio que lhes prodigaliza, sua adequação ao tempo.

O judiciário Imperial, no qual se dá expressiva importância ao período regencial, encontrava-se, em virtude de sua atuação político-partidária, distante ou mesmo desorientado em relação à atuação judicial que já era reclamada pelo nível de relações e de conflitos sociais próprios da época. De uma maneira desabusada, o governo imperial se beneficiava da atuação política dos magistrados, os quais não poderiam esquecer o dever de obediência àquele, formando-se, em virtude disso, mais um canal de controle social, agora tendo como alvo a vontade do legislativo.

De grande valor as palavras de Flory (1981, p. 184) ao mencionar a atuação do judiciário na perspectiva do governo central, além do seu grau de dependência com este:

The existence of national parties made a ministry's choice of personnel crucial, not only to the long-run authority of the central government, but also to the short-term fortunes and electoral success of the party-in-power. Manipulation of judicial personnel, therefore, became an infamously partisan activity, and while the partisan aspect was only a variation on the government's basic right to control its own agents, such party maneuvering does suggest the extent of the judiciary's dependence as well as its politicization.

The Constitution forbade dismissal of professional magistrates, so the mechanics of judicial manipulation centered in the use and abuse of the power of transfer (remoção).

Leal (1986, p. 197) vai mais longe, atribuindo ao vínculo político a corrupção praticada pelos magistrados:

[...] a organização judiciária, por outro lado, conquanto assinalasse sensível progresso em relação à situação anterior, deixava muito a desejar: a corrupção da magistratura, por suas vinculações políticas, era fato notório, acadamente condenado por muitos contemporâneos.

[...]

Como o problema não é de ordem puramente legal, ainda hoje é encontrada a figura do juiz politiqueiro, solícito com o poder, ambicioso de honrarias ou vantagens, embora muito mais extensas as garantias que desfruta.

Não raros eram os desvios de conduta dos magistrados em favor de forças políticas locais. Na verdade, em virtude do grau de dependência dos magistrados tanto com o governo que os controlava e de quem dependiam para a manutenção dos seus cargos como dos grupos que exerciam a força político-econômica no período imperial brasileiro, encontrava-se um judiciário longe de uma liberdade institucional que lhe garantisse uma perspectiva social de atuação judicial.

Sob uma análise da concepção crítico-democrática atual, o envolvimento dos magistrados com a política não realça em todo o cerne do problema de uma atuação judicial descompromissada com o social. A real dificuldade está em aceitar que esse envolvimento político priorizava interesses pessoais dos magistrados e da elite a qual ele representava ou da qual ele participava diretamente, deixando à margem da atuação judicial parcela significativa da sociedade brasileira por falta de representatividade política.

Não há aqui, em nenhum momento, a defesa de uma participação política dos magistrados. Contudo, o que se reconhece é que, no modelo institucional em que se encontrava o judiciário na época, se existia campo de atuação política dos magistrados, sob uma perspectiva da democracia representativa, nada mais justo que a pluralidade social obtivesse fração devida de representatividade na política; mas exigir de cara uma concepção pluralista, mesmo que no plano do dever-ser da ordem legal, a uma sociedade

culturalmente excludente, era quase como reconhecer que o abstrato das ideologias e teorizações compartilhasse o mesmo campo de realização com as necessidades de ordem prática da realidade social, o que de fato não ocorre. O que ocorre é vinculação, nunca confusão entre os planos abstrato e real.

5 CONCLUSÃO

Como se pôde observar, o poder judiciário brasileiro finca sua base de sustentação político-institucional no modelo burocrático português de formação patrimonialista, herdando uma mentalidade que fundamenta sua existência em si mesmo, longe das reais necessidades do povo; destinatário final e ator político legitimador da função judicial. A atuação política dos membros do judiciário e a relação de proximidade com a elite dominante estão longe de se apresentarem frágeis. Basta analisar a atual tendência parcial e conservadora patrocinada pelos membros do Supremo Tribunal Federal para compreender essa aproximação com atores dominantes do poder político no Brasil.

Longe de tentar patrocinar uma visão de mera causalidade, o judiciário brasileiro atual ainda carrega da burocracia portuguesa características intrínsecas que nos auxiliam a uma leitura de compreensão do seu papel na sociedade, bem como sua conduta conservadora diante das atuais exigências democráticas e republicanas. Para ilustrar essa proximidade entre o modelo burocrático português e o judiciário atual, no Estado do Amapá, até 2006, não existia quadro próprio para a carreira de procurador de estado, mesmo com o indicativo constitucional da década de 80, sendo preenchida em sua totalidade por profissionais de livre nomeação do governador.

O governo, por sua vez, era pressionado a nomear representantes de "grupos de interesses" locais, o que ajudava a manter margem de interação e expressão dos interesses desses grupos junto à estrutura formal de governo. Parte significativa dos nomeados possuía laços de parentesco e/ou de afinidade com membros do judiciário, sendo pública e notória a nomeação de procuradores comissionados parentes de membros do judiciário

amapaense⁷.

Tanto é assim que, hoje, a preocupação com o patrimonialismo no judiciário levou a discussões em âmbito nacional, tomando corpo através de súmula do Supremo Tribunal Federal (súmula vinculante 13) que proíbe o nepotismo nos poderes, inclusive o cruzado⁸.

O conhecimento histórico nos dá, portanto, a dimensão correta da atuação do judiciário atual, revelando-o como função estratégica de domínio da elite política. Talvez o motivo de alguns teóricos considerarem-no como um poder fora de época, ou seja, distante dos desafios apresentados pela sociedade, a ensejar uma atuação descompassada ao modelo democrático do Estado contemporâneo.

7 Essa realidade só foi alterada em março de 2008, com a posse dos procuradores concursados. Até então, de 2006 a 2008, o governo do estado tentou de todas as formas evitar a nomeação dos concursados, sendo o governador do Estado, inclusive, alvo de Ação Civil de Improbidade Administrativa pela procrastinação na homologação do concurso (Proc. 0014531-89-2007.8.03.0001 de 29.05.07 da 4 Vara Cível e Fazenda da Comarca de Macapá-AP). Mesmo após a nomeação dos procuradores de carreira, o governador do estado ainda manteve comissionados na Procuradoria-Geral, só sendo exonerados depois do julgamento da ADI 2682/AP (Relator Min. Gilmar Mendes), em que o Supremo Tribunal Federal confirmou o mandamento constitucional, aplicando a força normativa da constituição para afastar a latente inconstitucionalidade. Essa realidade ainda permanece na Defensoria-Geral do Estado do Amapá, que até então, maio de 2009, não foi realizado concurso para a formação da carreira de defensores.

8 Forma de nepotismo em que membros dos poderes (funções) do Estado (legislativo, executivo e judiciário), "trocaram favores", "doando" um cargo para parente de membro de outro poder em troca de nomeação de parente seu, como se função pública fosse objeto de troca, de poderio.

6 REFERÊNCIAS

BBOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. trad. Carmen C. Varriale Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luiz Guerreiro Pinto Caçais Renzo Dini. vol. I e II. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder: Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil. **Revista Latino-America de Estudos constitucionais**, p. 175-201. jan., 2003.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FLORY, Tomas. **Judge and jury in Imperial Brazil, 1808 – 1871 – Social control and political stability in the New State**. Latin American monographs, nº 53. Austin: University of Texas Press, 1981.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da República brasileira**. São Paulo: HUCITEC, 1998.

LEAL, Aurelino de Araújo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 5. ed. São Paulo: Alga-Omega, 1986.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **O mandonismo local na vida política brasileira**. São Paulo: Institutos de estudos brasileiros, 1969.

SCHWARTZ, Stuart B. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil – The High Court of Bahia and its judges: 1609 – 1751**. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1975.

SILVA, José Afonso da. Poder executivo na Constituição imperial

do Brasil de 1824, in: **Revista Latino-America de Estudos constitucionais**, p. 21 – 37, jan., 2003.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: Edmundo Campos (Org). **Sociologia da burocracia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1978. p. 15 – 28.

WEHLING, A. ; WEHLING, Maria José . **Direito e justiça no Brasil colonial - o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEIS:

BRASIL. Constituição (1824). Brasília: Senado Federal, 2001.

A FUNÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ABILITY TO PAY TAXES IN THE CONSTITUCIONAL STATE

Natércia Sampaio Siqueira

Doutoranda em Direito - UNIFOR

Mestre em Direito - UFMG

Professora da FA7

Procuradora do Município de Fortaleza

Advogada

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 3 O MODELO DE TRIBUTAÇÃO CARACTERÍSTICO DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO; 4 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA; 4.1 FEIÇÃO NEGATIVA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA; 4.2 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO FATOR DE REALIZAÇÃO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA; 4.3 A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO SEU PERFIL POSITIVO; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 MODEL OF THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHT; 3 MODEL OF CHARACTERISTIC TAXATION OF DEMOCRATIC STATES OF RIGHT; 4 CONTRIBUTION CAPACITY; 4.1 FEATURE NEGATIVE OF CONTRIBUTION CAPACITY; 4.2 CONTRIBUTION CAPACITY AS A FACTOR OF REALIZATION OF TAX ISONOMY; 4.3 CONTRIBUTION CAPACITY WITH YOUR POSITIVE PROFILE; 5 CONCLUSION; 6 REFERENCES.

Resumo: Este artigo trata do modelo de tributação adequado aos Estados Democráticos de Direito; especificamente, abordando a compatibilidade entre uma elevada carga tributária, as liberdades básicas e o mercado. Esta pesquisa é pura, qualitativa e bibliográfica, com o principal propósito de trazer elementos que possibilitem a resolução de controvérsias judiciais sobre os limites da tributação. Ao

final, conclui-se que os tributos devem ser instituídos em observância ao princípio da capacidade contributiva, em cada um dos seus perfis: negativo, positivo e comparativo.

Palavras-chave: Tributos. Liberdades individuais. Capacidade contributiva: perfil negativo, comparativo e positivo.

Abstract: This paper treats the compatibility between taxes and contemporaries Democrat State, basics liberties and markets. The research is pure, qualitative and bibliographic. Its principal intent is to increase knowledge, bringing elements to resolve judicial controversy about the possibilities and limits of taxes. At least, it concludes that tribute must observe the 'principle of ability to pay taxes', in each one aspect: negative, positive and comparative.

Keywords: Taxes. Basics liberties. Ability to pay taxes: aspects positive, negative and comparative.

1 INTRODUÇÃO

Nos Estados Democráticos de Direito, a tributação consiste numa das atuações estatais de maior intervenção na economia, na cultura e na sociedade. Mesmo quando o tributo é praticado com a estrita finalidade de arrecadação, ele altera a ordem sócio-econômica, à medida que transfere vultosas quantias da esfera privada aos cofres públicos, realizando a distribuição de riquezas.

Desta forma, é necessário que a atividade tributária dê-se em conformidade com os postulados do Estado Democrático de Direito, razão pela qual a observância à capacidade contributiva torna-se indispensável.

Este artigo, no primeiro momento, investiga o conceito do Estado Democrático de Direito e o modelo de tributação que lhe é característico. Em um segundo momento, ele averigua o conteúdo do princípio da capacidade contributiva, enfocando-o nos seus três perfis: negativo, comparativo e positivo.

Ao final, têm-se as linhas mestras de um modelo de tributação que equilibra os diversos interesses presentes no Estado Democrático de Direito: as liberdades básicas, a livre iniciativa e o mercado.

2 O MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Os atuais Estados Democráticos de Direito surgem do intuito de síntese entre o Estado liberal de Direito e o Estado Social.

O Estado liberal de Direito, contextualizado no séc. XIX, caracterizava-se: a) por ser um Estado mínimo; b) pela delimitação entre a esfera pública e privada; c) pela igualdade formal dos direitos civis. Nestes Estados, o jurista atuava como um técnico acrítico, que se limitava ao silogismo literal sem preocupações valorativas (BERCOVICI, 2008, p.174). Assegurava-se, desta forma, o máximo de previsibilidade, razão pela qual o Estado liberal burguês apresentou-se como o Estado de Direito por excelência.

Vivia-se a crença inabalável no livre mercado e na igual autonomia contratual, cujas relações sociais, econômicas e culturais decorrentes seriam as mais justas. Neste contexto, o Estado deixa de ser patrimonial e passa a ser fiscal; ou seja, ele afasta-se da exploração da atividade econômica e passa a ser custeado, prioritariamente, por impostos.

O Estado Social, por sua vez, sucedeu o Estado Liberal de Direito na 1ª metade do Séc. XX, quando Constituições passaram a possibilitar interferências do Estado na ordem social, econômica e cultura – foi o que ocorreu com a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar, a Carta del Lavoro italiana, a Constituição Espanhola de 1931 e a Constituição Portuguesa de 1933 (OTERO, 2007, p. 337-338).

O novo modelo de Estado resultou dos episódios históricos da 1ª. Guerra Mundial e do Crash da Bolsa de Nova York, cujo caos social e econômico mostrou-se ingovernável por um Estado mínimo, nos moldes do liberalismo do Século XIX.

Um sistema político e jurídico fundado na divisão dos poderes e caracterizado pela estrita sujeição da administração e do judiciário às regras legais – cuja estrutura limitava-se à estipulação abstrata do fato e da consequência jurídica a ele imputada – era inepto a reestruturar a economia e a resolver os problemas sociais.

Para tanto, necessitava-se de um Executivo forte, com maior liberdade de atuação e com maiores poderes de intervenção; era o Estado Social, do qual surgiria o Estado Totalitário, que levou à 2ª Guerra Mundial.

De fato, os Estados Sociais, não obstante o extraordinário avanço social em relação ao Estado Liberal de Direito, criou um ambiente propício ao surgimento dos Estados Totalitários – nazismo e fascismo. Neles, inverteram-se os termos da equação entre as liberdades individuais e o Estado: enquanto no liberalismo, o Estado era concebido e vivenciado como instrumento à realização das liberdades básicas, no totalitarismo, as liberdades individuais estavam à disposição do Estado – única esfera na qual o indivíduo se realizaria plenamente.

Ocorre que com o término da 2ª Guerra Mundial e a consciência dos crimes contra a humanidade cometidos pelos nazistas, instalou-se a preocupação e o desafio de revitalizar as liberdades individuais, sem abrir mão das conquistas pelo Estado Social. Neste contexto de síntese surge o Estado Democrático de Direito, no qual à realização das liberdades básicas não basta um Estado ausente; o princípio da sociabilidade, antes de mostrar-se incompatível com o Estado de Direito e de caracterizar-se como limite aos direitos fundamentais, passa a ser tido por imprescindível à “real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidade individual” (NOVAIS, 2006, p. 199).

Nos Estados Democráticos de Direito, reafirma-se a separação dos poderes, a legalidade administrativa, a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade, num ambiente de intervencionismo estatal, que tem por limite o núcleo essencial das liberdades individuais. Não há mais uma unilateralidade de considerações – liberdades individuais ou direitos sociais – passando o principal desafio a ser o equilíbrio entre os diversos interesses existentes.

Neste contexto, convivem, lado a lado, o Estado forte e as liberdades individuais, tendo-se mesmo percebido que um não prescinde do outro. Tudo isto leva a considerações referentes à

tributação; mais especificamente, à capacidade contributiva, que irá apresentar-se como o ponto de equilíbrio entre os diversos interesses característicos do Estado Democrático de Direito em matéria impositiva fiscal.

3 O MODELO DE TRIBUTAÇÃO CARACTERÍSTICO DOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

O modelo do Estado Democrático de Direito apresenta um sistema tributário com características próprias.

Em um primeiro momento, observa-se que um Estado forte, com poderes de intervenção nas mais variadas áreas, é um Estado dispendioso, que necessita de elevadas quantias para cumprir com as suas funções constitucionais.

De outra sorte, a reafirmação das liberdades individuais leva, inevitavelmente, à reafirmação da livre iniciativa e do mercado econômico. Neste contexto, são relevantes as lições de Ronald Dworkin (2000, p. 289-291) no sentido de o mercado possibilitar que as decisões acerca dos bens a serem produzidos e de como distribuí-los, resultem das escolhas de todos e de cada qual, sem imposições valorativas pelo Estado – o que é fundamental à democracia.

É estreita a vinculação entre o mercado e as liberdades individuais, que seriam prejudicadas caso o Estado viesse a decidir sobre os bens a serem produzidos e a sua distribuição: como ‘ser’ dotado de autonomia, toda e qualquer ‘pessoa’ tem o igual direito de, livremente, exercer uma profissão e adotar um estilo de vida, consumindo o que lhe interessa.

Indo além: o mercado, preferencialmente, deve ter por ator a iniciativa privada, em razão do desequilíbrio na concorrência resultante da exploração da atividade econômica por entidades estatais. O fato é que a atuação do Estado como empresário, pela sua força econômica e – não raro – pelos privilégios jurídicos que lhes são atribuídos, pode levar às situações criadas artificialmente

pelo governo, com o risco de o mercado não mais refletir, com precisão, os gostos sociais. O que, mais precisamente, se pretende afirmar: a atuação do Estado na exploração de atividade econômica lhe possibilitaria impor ao mercado a qualidade e o custo dos bens a serem produzidos, o que interferiria nas escolhas referentes à produção e ao consumo.

Tudo isto significa que nos atuais Estados Democráticos de Direito, o regime tributário característico permanece a ser o Estado Fiscal. Por um lado, possibilita-se que o Estado se afaste da exploração da atividade econômica, já que o seu custeio passa a realizar-se pela transferência da riqueza privada aos cofres públicos, mediante a tributação. Por outro, a tributação realizada, preferencialmente, por impostos, é dotada da aptidão de neutralidade perante as escolhas de produção e consumo inerentes ao mercado, além de possibilitar a realização de uma carga elevada a reverter-se a favor dos economicamente desfavorecidos. O fato é que se a tributação fosse, prioritariamente, realizada por taxas e demais espécies tributárias sinalagmáticas, o Estado atuaria em função de quem pagasse pela sua atuação. Estar-se-ia, por consequência, a amesquinhar as atividades de promoção da dignidade humana, que pela própria lógica prescindem da retribuição, posto a impossibilidade de o beneficiário custear a atuação estatal.

Sem falar que várias das atuações públicas no Estado Democrático de Direito não possuem destinatários específicos; antes, revertem-se a favor de toda a coletividade. Eis a série de razões pela qual a tributação inerente ao Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo modelo do Estado Fiscal. Mas as considerações não param aqui.

Viu-se que no Estado Democrático de Direito a dignidade humana exige um Estado forte e intervencionista, que assegure a efetiva vivência da liberdade e da personalidade individual; para tanto, faz-se necessária uma intensa atividade distributiva de riqueza, que é realizada pela tributação. As liberdades individuais, entretanto, não prescindem da imposição de limites à atuação do Estado: ele não pode intervir ao ponto de prejudicar o núcleo

essencial dos direitos fundamentais, mesmo que sob o fundamento dos próprios direitos fundamentais.

O direito fundamental atua de forma bifronte: é o fundamento do dever de solidariedade, no qual se consubstancia o tributo; mas é limite à atividade de tributação, que não pode prejudicar as liberdades básicas, o mercado e a livre iniciativa.

Indo além: no Estado com poderes de intervenção sobre a economia, a sociedade e a cultura, a tributação não apenas é o meio de custeio das políticas intervencionistas como, ela própria, legitima-se como a política intervencionista. É o que ocorre quando se eleva a alíquota do ICMS sobre produtos maléficos à saúde – álcool e cigarro – ou quando se reduz a alíquota do IR, nos casos de instalação de empresas em regiões subdesenvolvidas, econômica e socialmente. Nestes casos, o próprio tributo consiste na medida de intervenção na sociedade e na economia – tributação extrafiscal.

A tributação extrafiscal, entretanto, encontra os mesmos limites da tributação fiscal: a observância ao núcleo essencial das liberdades individuais. Está-se a tratar do necessário equilíbrio, inerente ao Estado Democrático de direito, entre liberdades individuais e intervenção estatal, que na tributação realiza-se pela observância à capacidade contributiva nos seus mais variados perfis.

4 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

De uma forma singela, quase literal, a capacidade contributiva significa a aptidão econômica para contribuir com os gastos públicos. Entretanto, referida fórmula, quando explorada em todas as suas potencialidades, possibilita que a tributação dê-se em estrita conformidade com os postulados do Estado Democrático de Direito.

A feição negativa da capacidade contributiva garante o núcleo essencial das liberdades individuais. Já o seu caráter comparativo assegura que a tributação não gere benefícios incompatíveis com a República, o que prejudicaria a livre iniciativa

e a concorrência. Por fim, o aspecto positivo revela as exigências de uma política tributária igualitária, que não deve onerar grupos específicos de contribuintes ou determinados estilos de vida em prol de outros.

Eis a razão pela qual se afirma: a capacidade contributiva é o ponto de equilíbrio, na tributação, entre os diversos interesses característicos do Estado Democrático de Direito, de forma que o seu estudo e a sua aplicação faz-se fundamental à realização de uma justa atividade tributária.

4.1 Feição negativa da capacidade contributiva

O Caráter negativo da capacidade contributiva significa que não há tributação quando não há capacidade contributiva. Ou seja, a capacidade contributiva é condição à incidência tributária.

Neste contexto, um primeiro desafio consiste em precisar o que seria capacidade para contribuir com os gastos públicos. Aqui, a doutrina italiana (MOSCHETTI, 1993) traz inestimáveis préstimos: a capacidade contributiva não se confunde com a capacidade econômica, ou seja, com o substrato econômico do fato gerador.

Por outras palavras: a mera manifestação de riqueza pelo fato gerador não revela capacidade contributiva; mas sim capacidade econômica. A capacidade econômica é condição, mas não suficiente à existência da capacidade contributiva.

Para que haja capacidade contributiva, a riqueza revelada pelo fato gerador deve mostrar-se apta ao custeio dos gastos estatais, quando analisada à luz dos princípios fundamentais:

Se ne ricava un quadro abbastanza completo in cui la capacità economica è riconosciuta come presupposto, parametro, limite massimo, causa giustificatrice del prelievo.

Ma non ignora la Corte anche l'ulteriore passaggio della non identità tra capacità contributiva e capacità economica.

[...]

La necessità di qualificare la capacità economica alla luce di fondamentali principi costituzionali è poi accolta anche nella sentenza del 1976 che ha dichiarato l'illegittimità del c.d. "cumulo dei redditi dei coniugi" (MOSCHETTI, 1993, P. 27).

Prossegue Moschetti (1993, p. 27-42) a sua análise da capacidade contributiva face aos dispositivos da Constituição italiana sobre a família, a renda mínima, a liberdade de profissão e de iniciativa e a economia privada, para concluir que ela é incompatível com a tributação que prejudique os referidos valores constitucionais.

Pode-se, em síntese conclusiva, afirmar que há capacidade contributiva quando a tributação, sobre determinada riqueza, não prejudica o núcleo essencial dos direitos fundamentais – e de outros interesses constitucionais. Eis a razão pela qual o fato gerador do tributo deve, não apenas, ter substrato econômico; antes, é obrigatório ao substrato econômico possibilitar o exame da compatibilidade entre a tributação e os princípios constitucionais fundamentais.

Entretanto, algumas questões permanecem acerca da capacidade contributiva: a) o Parágrafo Primeiro, do art. 145/CF, reporta-se à capacidade econômica, de forma a questionar-se se o direito brasileiro satisfaz-se com a manifestação de substrato econômico pelo fato gerador; b) referido dispositivo constitucional trata de impostos, deixando a pergunta de se a capacidade contributiva também é aplicada às demais espécies tributárias.

Em relação à primeira questão, ressalta-se que a capacidade contributiva, como a riqueza apta a custear os gastos públicos à luz dos princípios fundamentais, realiza o equilíbrio entre liberdades individuais e intervenção estatal, característico do Estado Democrático de Direito. Ou seja, a necessária observância à capacidade contributiva decorre da própria estrutura do Brasil como um Estado Democrático de Direito, no qual a intervenção estatal encontra por limite o núcleo essencial das liberdades básicas.

As várias liberdades básicas, o mínimo existencial – que lhes é decorrente –, assim como a vedação ao confisco, são limites e deveres do Estado que não podem ser superados pela tributação.

A análise, bem se vê, é complexa: o fato gerador deve possibilitar o exame da aptidão da riqueza a sofrer tributação, tendo por critério os direitos fundamentais; aqui, a análise não apenas é abstrata, mas concreta, à medida que as peculiaridades de cada caso podem demonstrar ‘particular’ ausência de capacidade para contribuir com os gastos públicos. Se a tributação estiver a comprometer o mínimo vital, a prejudicar a liberdade ideológica, de expressão, de crença, de trabalho, de iniciativa econômica, de associação, de reunião e de locomoção, a confiscar a propriedade, a desestimular o casamento e a interferir no planejamento familiar, tem-se a ausência da capacidade contributiva que resulta na inconstitucionalidade do tributo.

Quanto à segunda questão, utiliza-se do mesmo argumento acima desenvolvido, para concluir que a capacidade contributiva, no seu perfil negativo, aplica-se a toda e qualquer espécie tributária. Frisa-se: a tributação, independente da espécie pela qual é realizada, e mesmo que no seu característico intuito de arrecadação, consiste em atuação do Estado na sociedade e na economia. Como toda e qualquer intervenção pública, encontra por limite os direitos fundamentais.

Não por menos, a Constituição Federal prevê imunidades referentes às taxas. Não por menos, o STF, para além do perfil negativo, asseverou a possibilidade de o quantitativo da taxa ser fixado, também em consideração à capacidade contributiva. Eis o trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, na relatoria da ADI 453:

[...] Naquela ocasião discutia-se a base de cálculo da imposição, fixada a partir do patrimônio líquido da empresa. Em seu voto, Velloso definiu que:

“[...] O que a lei procura realizar, com a variação do valor da taxa, em função do patrimônio líquido da empresa, é o princípio da capacidade contributiva - C.F., art. 145, § 1º. Esse dispositivo constitucional diz

respeito aos impostos, é certo. Não há impedimento, entretanto, na tentativa de aplicá-lo relativamente às taxas, principalmente quando se tem taxa de polícia, isto é, taxa que tem como fato gerador o poder de polícia” (fls. 768, RE 177.835).

[...]

O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva segundo Maurer a uma inconstitucionalidade relativa (relative Verfassungswidrigkeit) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (die Unterschiedlichkeit der Regelung).

E a disciplina do assunto, como segue, não contém diferenciação arbitrária.

Os valores cobrados estão disponíveis em três tabelas. Os valores são expressos em reais, a taxa é trimestral e é cobrada de acordo com o patrimônio líquido do contribuinte.

A Tabela A, fixada pelas Leis 7.940/89 e 11.076/04, divide os contribuintes em seis faixas, com base no patrimônio líquido. Cada uma das seis faixas é subdividida em vários grupos. O valor da taxa é fixado com base no montante do patrimônio. Trata-se de percepção referencial, insista-se, apenas referencial, e que respeita a capacidade contributiva do interessado. A desigualdade dos valores reflete a desigualdade dos patrimônios. Não há desrespeito ao princípio da isonomia.

[...]

No caso da Taxa de Fiscalização da CVM a variação dos valores lançados não só reflete a capacidade contributiva do interessado, bem como espelha a quantidade necessária de serviço público dispensado, uti singuli, e que deve ser remunerado

na exata proporção do trabalho de fiscalização efetivado.

Conclusivamente, Senhora Presidente, voto pela improcedência dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O fato é que se tratando de atuação pública custeada por tributos sinalagmáticos e que seja necessária às liberdades individuais, não se pode inviabilizar a sua prestação em razão da ausência de aptidão para adimplir o tributo. Imagine-se a situação de pessoas hipossuficientes, que não têm condições de pagar custas judiciais e de contratar serviços advocatícios; elas ficariam sem ter acesso ao judiciário? Tal situação implicaria óbice ao exercício de direito fundamental pela tributação.

Em suma: no seu perfil negativo, a capacidade contributiva é condição à incidência tributária de todo e qualquer tributo. Nenhuma espécie tributária pode incidir em prejuízo ao núcleo essencial das liberdades individuais.

4.2 Capacidade contributiva como fator de realização da isonomia tributária

Nos tributos de fatos geradores não vinculados, a causa da tributação é a capacidade contributiva.

Se paga o IR não porque se é alto ou baixo, louro ou moreno, homem ou mulher, empresário, profissional liberal, intelectual ou dona de casa; mas porque se tem aptidão para contribuir com os gastos públicos, posto a percepção da renda.

Por outro lado, à medida que a capacidade contributiva é causa da tributação, é ela que deve servir de critério à fixação da carga tributária. Ou seja, a distribuição do encargo tributário nos tributos de fatos geradores não vinculados é feita, tomando-se por medida a capacidade contributiva, que passa a ser o critério material de realização da igualdade.

Em relação à igualdade tributária, as observações de

Misabel Abreu Machado Derzi (1999, p. 526), nas atualizações do livro "Limitações constitucionais ao poder de tributar", de Aliomar Baleeiro, muito esclarecem sobre o assunto:

As ciências em geral só se possibilitam na medida em que isolam alguns aspectos ou critérios, por via dos quais investigam e examinam os dados da realidade. Em rigor, no mundo fenomênico, não existem dois objetos absolutamente idênticos. Entre eles existe tão-somente uma igualdade relativa, encontrável de acordo com certo ponto de vista, ou segundo certas características. Por essa razão, o objeto do conhecimento (ângulo ou critério pelo qual se investiga o objeto-dado da realidade) distingue uma ciência da outra, permitindo classificar e agrupar os dados em classes e espécies.

Assim, é incontroverso que a igualdade supõe a comparabilidade e a diversidade ao mesmo tempo. Dois objetos absolutamente iguais em todos os aspectos não são comparáveis, mas são idênticos, são o mesmo e único objeto. A igualdade, sendo sempre relativa, é meio-termo, só aferível por meio de um critério de comparação.

Por fim, conclui Misabel Derzi (1999, p. 546) que "a capacidade contributiva é, de fato, a espinha dorsal da justiça tributária. É o critério de comparação que inspira, em substância, o princípio da igualdade".

Ou seja: em relação aos tributos de fatos geradores não vinculados, o critério para igualar e desigualar os contribuintes será a capacidade contributiva. Tal afirmação chega a constar, expressamente, do texto constitucional, à medida que nele se adota a capacidade econômica – leia-se: capacidade contributiva – como critério de fixação da carga tributária (art. 145, Parágrafo Primeiro). Sem mencionar o tratamento da isonomia tributária pela Constituição Federal, que repele a utilização da profissão como critério de comparação entre os contribuintes (art. 150, II): uma pessoa não pagará mais ou menos tributo do que a outra em virtude da profissão que exerça ou da espécie do rendimento que perceba.

É claro que se pode utilizar de outros critérios de comparação e medição do tributo, além da capacidade contributiva, o que acontece na tributação extrafiscal. Isenta-se do IPTU os proprietários de prédios históricos, desde que preservem as fachadas; tributa-se com alíquotas mais elevadas o imóvel rural ou o imóvel urbano que não estejam a cumprir com a respectiva função social; agrava-se, especialmente, o consumo de produtos que façam mal à saúde. São esses alguns exemplos em que se fixa a carga tributária por considerações a critérios outros, que não a riqueza manifesta pelo fato gerador. Mas aqui, não se pode fugir da advertência: a eleição de outro critério, para a fixação do quantum tributário e para a comparação entre os contribuintes, deve ser respaldada em princípios constitucionais. Mais, a tributação extrafiscal tem de revelar-se como medida proporcional à realização do interesse constitucional que prefere a capacidade contributiva (SHOUERI, 2005, p.293-295).

Tantos cuidados justificam-se no fato de a capacidade contributiva, para além de ser critério que realiza a igualdade em matéria tributária, possibilitar a igualdade de condições de concorrência entre os agentes produtivos. Se cada qual é tributado na medida da sua capacidade para custear os gastos públicos, não haverá empresário mais ou menos onerado; cada qual suportará igual sacrifício fiscal.

Referida constatação é relevante, ainda mais em um país como o Brasil, no qual a carga tributária tem alcançado porcentagem considerável do PIB nacional. Nestas condições, empresas que atuassem desoneradas fiscalmente, agiriam em situação extremamente benéfica no mercado, o que, para além de ser injusto e desigual, resultaria na intervenção do Estado nos gostos sociais.

De fato, à medida que certas atividades fossem exercidas livres, total ou mesmo parcialmente, de ônus fiscais, elas tenderiam a ofertar o seu produto por menores preços, fator que iria facilitar e atrair o consumo. Tal situação ocorreria não apenas entre atividades da mesma espécie, como entre atividades de espécies diferentes: ao invés de adquirir o produto X, resolve-se consumir o produto

Y, posto satisfazer necessidade tão relevante quanto à saciável pelo produto X, mas a menor custo. De igual sorte: ao invés de produzir o produto X, trabalha-se na industrialização do produto Y, em razão da economia possibilitada pela carga tributária mais benéfica.

Pode-se, por fim, concluir, que toda essa situação: a) quebraria a igualdade de condições de atuação no mercado; b) prejudicaria a livre concorrência e o princípio da neutralidade tributária; c) consistiria na interferência do Estado nas decisões acerca da produção e do consumo, inerentes ao mercado – situações, em regra, contrárias à democracia. Ainda aqui, é importante frisar que em estrita consideração aos princípios acima enumerados, a Constituição estabelece que mesmo o Estado, ao explorar a atividade econômica, está sujeito à igual tributação das empresas privadas, sendo-lhe vedada a concessão de benefícios fiscais (art. 173, parágrafo primeiro e parágrafo segundo). Não por menos, a fronteira para a não aplicação das regras das imunidades tributárias é a exploração da atividade econômica; caso contrário, não se haveria como compatibilizar as imunidades com a neutralidade tributária.

Em razão de todas essas considerações, percebe-se a relevância da capacidade contributiva nesta função de fixar a carga tributária e de comparar os contribuintes: ela realiza a igualdade e a neutralidade tributária, possibilitando a livre concorrência. Entretanto, enquanto que neste perfil a capacidade contributiva pode ser afastada, excepcionalmente, por considerações a outros princípios constitucionais, o mesmo não ocorre em relação ao seu perfil negativo: mesmo na tributação extrafiscal, deve-se respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Tratando do equilíbrio entre capacidade contributiva e atividade estatal reguladora da economia, leciona Luís Eduardo Shoueri (2005, p. 289):

Para a busca da compatibilidade deve-se, primeiramente, apontar a capacidade contributiva, no seu sentido subjetivo, como limite mínimo, não susceptível de imposição, estabelecido no nível necessário para a existência, segundo o esquema

de direitos econômicos e sociais garantidos pela constituição; o máximo impondível sintetizar-se-ia na proibição de que o gravame seja 'confiscatório' [...].

Mais uma vez, está-se a falar do equilíbrio, inerente ao Estado Democrático de Direito, entre liberdades individuais e intervenção estatal: a intervenção estatal não se legitima, quando vai além do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Apenas nos estritos casos em que a própria Constituição permita a intervenção estatal além do núcleo essencial das liberdades básicas, é que se poderia pensar em uma tributação que fugisse às exigências do perfil negativo da capacidade contributiva. Mesmo assim, apenas quando a possível intervenção estatal não estivesse a prescindir de uma forma exata, insusceptível de ser realizada por outros meios e instrumentos, mesmo que indiretos, como a tributação.

4.3 A capacidade contributiva no seu perfil positivo

Se a capacidade contributiva, no perfil negativo, consiste em condição à incidência tributária – não há tributação caso inexista capacidade contributiva -, o perfil positivo já exige a incidência tributária quando presente a manifestação de capacidade contributiva.

A questão é que não há um único fato econômico que revele toda a capacidade contributiva do particular; ela está fragmentada nos diversos fatos econômicos – consumo, renda, patrimônio, etc. Calha, portanto, questionar acerca de a tributação, necessariamente, dever incidir sobre todo e qualquer fato econômico que revele capacidade contributiva.

À resposta positiva, confluem a igualdade e a neutralidade tributária. Se determinados fatos reveladores de capacidade contributiva são tributados, porque outros não o seriam? Por que apenas algumas pessoas – que incorrem na situação econômica tributada – custeariam os gastos públicos, ao passo que outras não o fariam, já que estariam a praticar fato econômico não tributado, embora revelador de capacidade contributiva?

Tais situações feririam a igualdade no seu sentido mais basilar, consistente na vedação de privilégios. Em regra, todos devem custear a máquina estatal, mediante o mesmo sacrifício fiscal.

Até porque, conforme o já acima analisado, a diferença de regime tributário entre situações, fatos e pessoas que revelem igual capacidade contributiva, consiste na interferência do Estado nos gostos sociais, o que deve ser evitado. A desoneração de determinada atividade, ao passo que outra é onerada, para além de configurar privilégio inadmissível, interfere nas escolhas de produção e consumo inerentes ao mercado.

As distorções seriam enormes. Não haveria justiça na situação de um determinado estilo de vida – contenção dos gastos e constituição do patrimônio – ser onerado por elevados impostos reais ao tempo de que um outro – gasto com roupas, lazer e viagens – não o seria, já que inexistente a tributação sobre o consumo – hipótese não existente no Brasil, onde se pratica elevada tributação sobre o consumo. De igual sorte, não se justificaria que o investimento em patrimônio imobiliário concorresse para o custeio dos gastos públicos, ao passo de o investimento em obras de arte ver-se desonerado da incidência de tributos.

São essas situações hipotéticas, mas que demonstram a necessidade de uma tributação isonômica, que não onere, em especial, determinado estilo de vida. Não calha a observação de que os fatos econômicos não tributados estariam à disposição de todos; isso seria olvidar que cada pessoa é única e que as escolhas de trabalho, investimentos e gastos refletem gostos, talentos e histórico próprio.

Urge ainda observar que o respeito ao mercado e às escolhas de produção e consumo não impede a intervenção do Estado na economia, na sociedade e na cultura, o que, precisamente, ocorre na tributação extrafiscal. Não se pode esquecer, entretanto, que a tributação extrafiscal é exceção, que se justifica nos espaços concedidos ao Estado para intervir na esfera privada. Por regra, a economia e a cultura devem ser vivenciadas não por escolhas

valorativas do Estado, mas por escolhas individuais e sociais, para o quê se faz necessário que a tributação seja realizada na exata medida da capacidade contributiva de todo e cada contribuinte, que deve, de uma forma global, ser onerado igual a qualquer outro.

Apenas assim, um estilo de vida não seria mais onerado do que o outro, tratando o Estado, com igual respeito e consideração, todo e qualquer indivíduo (DWORKIN, 2000, p. 286). A tributação a maior – como por este momento já está claro – de um determinado modelo de vida deixaria por explicar por que o Estado estaria a prejudicar determinadas escolhas em prol de outras ou a beneficiar determinadas opções em detrimento de outras – o que apenas é permitido nos estritos lindes da extrafiscalidade.

Por todas estas considerações, chega-se à conclusão de que o Estado deve tributar a capacidade contributiva onde ela exista, de forma a não prejudicar um segmento ou determinados estilos de vida em benefício de outros. Entretanto, ainda resta perscrutar se tal consideração possui por endereço o legislativo, que a deve observar por ocasião da elaboração das leis impositivas fiscais, ou se é obrigatória ao aplicador da norma geral e abstrata na constituição da norma individual e concreta. Neste tocante, cabe trazer à colação os ensinamentos de Marco Aurélio Greco (2004, p. 185 e 186):

Neste sentido, estando a tributação informada pelo princípio da capacidade contributiva (CF/88, artigo 145, Parágrafo Primeiro), o pagamento de tributos não é um simples encargo que o contribuinte deve suportar por força de lei (conceito ligado à noção de liberdade negativa do Estado de direito) [...]

Desta ótica, uma vez que a capacidade contributiva, como o demonstram os estudos da doutrina italiana, é identificada no âmbito da descrição do pressuposto de fato contido na lei (ou da atuação no mercado), a eficácia do princípio da capacidade contributiva não está ligada apenas à existência de uma previsão legal apta a descrever esta manifestação. A eficácia do princípio da capacidade contributiva está em assegurar que todas as manifestações daquela aptidão sejam efetivamente atingidas pelo tributo.

Portanto, o princípio norteia não apenas a produção, mas também a interpretação e a aplicação da lei tributária.

Ao contrário, entretanto, da conclusão ao qual chegou o prof. paulista, entende-se que o perfil positivo atua em esfera, tão somente, legislativa. E isto por considerações ao perfil negativo da capacidade contributiva e à função da segurança jurídica, que atua como elemento de equilíbrio entre liberdades individuais e deveres sociais.

Melhor explicando: a capacidade contributiva, no seu perfil negativo, repele a incidência tributária quando o tributo prejudica o núcleo essencial das liberdades básicas, ou por atingir o mínimo existencial ou por implicar o confisco.

Ocorre que na tributação, a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais carece da segurança jurídica. Como manter-se a profissão, a propriedade e a livre iniciativa, numa tributação com patamares de 40% do PIB nacional, sem observância à segurança jurídica e à clareza e previsibilidade que lhes são imanentes? Impossível.

A possibilidade de o intérprete/aplicador da norma tributária ampliar o raio da tributação com consideração, exclusiva, à manifestação de capacidade contributiva e sem ater-se aos limites da literalidade do dispositivo legal, relegaria o contribuinte a um completo estado de insegurança, o que terminaria por prejudicar a intangibilidade do núcleo essencial das liberdades básicas.

Ademais, a segurança jurídica possui um espaço privilegiado no ordenamento constitucional tributário. Embora o texto constitucional não utilize a expressão segurança jurídica, vários dos seus corolários compõem o estatuto do contribuinte: legalidade, anterioridade, espera nonagesimal e irretroatividade. O que pretende a Constituição é possibilitar ao contribuinte o conhecimento preciso, prévio e estável da sua situação tributária, de forma que ele possa preparar-se para pagar os tributos que venham a onerá-lo.

Ou seja, do texto constitucional tem-se o mandamento de a tributação realizar-se em um ambiente de segurança jurídica, caracterizado pela previsibilidade, o que não seria possível caso o aplicador pudesse interpretar a norma impositiva fiscal sem observância à literalidade do dispositivo legal; atendo-se, exclusivamente, à igualdade dos efeitos econômicos e à finalidade do negócio jurídico privado tributado.

Desta forma, não obstante se reconheça a existência do perfil positivo da capacidade contributiva, entende-se que tal não permite ao aplicador a interpretação, com desconsideração à literalidade da lei impositiva de tributo, o que prejudicaria a segurança jurídica que não tem a si própria como finalidade. Antes, a finalidade da segurança jurídica é a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Nos casos, entretanto, em que a própria literalidade o permitir, considerações ao perfil positivo da capacidade contributiva deve nortear a interpretação, de forma a obstar-se privilégios fiscais que prejudicariam a igualdade de tratamento.

5 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito é caracterizado pelo intuito de síntese entre o Estado Liberal de Direito e o Estado Social, no qual as liberdades individuais, a separação dos poderes, a legalidade e a segurança jurídica são vivenciadas em ambiente de forte intervencionismo estatal. Aqui, o principal desafio é o equilíbrio entre os vários interesses constitucionais; o Estado intervém sobre os mais vários setores da economia, da cultura e da sociedade, tendo, entretanto, como limite, o núcleo essencial das liberdades básicas.

Neste contexto de considerações, o modelo tributário adequado ao Estado Democrático de Direito é o Estado fiscal, no qual a máquina estatal é custeada, preferencialmente, por impostos, que transferem parcela considerável da riqueza privada aos cofres públicos. Ocorre que à operacionalidade de referido modelo, a tributação deve realizar-se em estrita consideração aos vários perfis da capacidade contributiva.

A tributação, em um primeiro momento, não pode prejudicar o núcleo essencial das liberdades individuais – perfil negativo da capacidade contributiva. Desta forma, o fato gerador não apenas deve revelar substrato econômico, como deve possibilitar a análise de a tributação prejudicar os interesses fundamentais da ordem constitucional.

Indo adiante, o perfil negativo da capacidade contributiva é aplicável a toda e qualquer espécie tributária e a toda e qualquer finalidade da tributação; a existência de capacidade contributiva é condição de incidência do tributo, manifestando-se na intangibilidade do núcleo essencial das liberdades fundamentais.

Em um segundo momento, no tocante aos tributos de fatos geradores não vinculados, a capacidade contributiva manifesta-se como o principal critério de fixação da carga contributiva e de comparação entre os contribuintes. A capacidade contributiva, nesta função, apenas pode ser afastada por consideração a outros interesses constitucionais – saúde, desenvolvimento sócio-econômico, patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico etc. –, na exata medida em que a Constituição federal possibilite a intervenção do Estado na sociedade, na economia e na cultura.

Resta ainda considerar que a capacidade contributiva, como critério de comparação apto a realizar a igualdade, é também fundamental à livre iniciativa e ao princípio da neutralidade tributária, já que permite aos agentes econômicos explorarem a atividade produtiva em condições iguais de atuação no mercado.

Por fim, a capacidade contributiva apresenta perfil positivo, segundo o qual onde houver manifestação de capacidade contributiva deve haver tributação. Não obstante referido perfil ser atenuado por considerações extrafiscais, ele mostra-se relevante à neutralidade tributária e ao igual respeito que o Estado deve ter pelos seus cidadãos – situação incompatível com o maior ônus fiscal estipulado sobre determinado estilo de vida em relação aos demais.

Ainda referente ao perfil positivo, deve-se compreender que ele é dirigido, preferencialmente, ao legislador. O perfil positivo apenas deve ser considerado pelo intérprete quando não brigue com os limites da literalidade legal.



PARECER N.º 093/2008 -GPG

PROCESSO N.º 74239/2008 – PMF

INTERESSADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

**ASSUNTO: CAPACIDADE DO MUNICÍPIO
PROCEDER À CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÃO DE
CRÉDITO JUNTO À UNIÃO FEDERAL**

Ementa: OPERAÇÃO DE CRÉDITO PARA A EXECUÇÃO DO PROGRAMA INTEGRADO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE JUVENTUDE. GARANTIA DA UNIÃO FEDERAL. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONTIDOS NOS ARTS. 23, 32 E SEGUINTE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000 E NAS RESOLUÇÕES 40 E 43, DE 2001, DO SENADO FEDERAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA.

A Procuradoria Geral do Município, em atendimento ao disposto no § 1º do artigo 32 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2002, e do art. 21, I da Resolução nº 43, de 21 de dezembro de 2001, do Senado Federal, e por ensejo da contratação de operação de crédito, junto ao Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, no valor de **US\$ 33.482.000,00** (trinta e três milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil dólares americanos) para fins de execução do Programa Integrado de Políticas Públicas de Juventude - PIPPJ, profere seu juízo de valor, com fulcro na Lei Complementar Municipal nº 006, de 29 de maio de 1992, na forma que adiante passa a aduzir:

O Programa Integrado de Políticas Públicas de Juventude – PIPPJ consiste em um conjunto de programas e projetos voltados para o público juvenil, de 15 a 29 anos, possibilitando a transversalidade de diversas políticas voltadas para o segmento, como acesso ao esporte, à cultura, a elevação de escolaridade, a qualificação profissional e a geração de renda.

O fito primordial dessa iniciativa é atender às demandas dos jovens da capital, mediante a oferta de equipamentos de capacitação, desportivos e culturais ensejadores do desenvolvimento e integração da juventude, especialmente daqueles hipossuficientes, em situação de risco, e residentes na periferia da cidade.

Para tal fim, o Programa prevê a criação de um Centro Urbano de Cultura e Arte (Cuca) em cada Secretaria Executiva Regional do Município, cuja função é promover o amplo e irrestrito acesso da juventude fortalezense a atividades como cinema, teatro, quadras de esporte, estúdios e multimídia.

Além dessa alternativa de desenvolvimento social e cultural, o PIPPJ tem por fim expandir os demais projetos criados para beneficiar esse segmento, quais sejam, o Credjovem, o Projovem, o Cursinho Popular e o projeto Abrindo Espaços, com os quais se propiciará a possibilidade de geração de emprego e renda, bem como a oferta de cursos pré-vestibulares à comunidade.

A efetiva implantação desse Programa está orçada no valor total de US\$ 66.964.000,00 (sessenta e seis milhões, novecentos e quatro mil dólares), incluindo as contrapartidas, montante do qual US\$ 33.482.000,00 (trinta milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil dólares) serão financiados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, correspondentes à operação de crédito externo que ora se pleiteia.

Dos Pressupostos Formais para a Obtenção do Crédito:

A realização das operações de crédito submetem-se

às normas gerais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e no disposto nas Resoluções nº 40 de 20 de dezembro de 2001, alterada pela Resolução nº 5, de 03 de abril de 2002, e nº 43, de 21 de dezembro de 2001, alterada pela Resolução nº 03, de 02 de abril de 2002, todas do Senado Federal.

Com supedâneo nessas disposições normativas, procedeu-se à análise das nuances jurídico-financeiras do Programa em pauta, à luz das disposições contidas no **art. 32 da Lei Complementar nº 101/2000**, senão vejamos, os requisitos do §1º do dispositivo supra:

Art 32, § 1º, I –

A Lei Municipal nº 9.349, de 27 de março de 2008, publicada no Diário Oficial do Município nº 13.788, de 02 de abril de 2008, com as alterações ulteriores da Lei Municipal nº 9.431, de 25 novembro de 2008, (ANEXO I), publicada no Diário Oficial do Município de 26 de novembro de 2008, **prevê autorização expressa e específica que permite o aditivo de 10% (dez por cento) sobre o valor original da operação de crédito, cujo montante final é de US\$ 33.482.000,00 (trinta e três milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil dólares americanos).**

Saliente-se que para garantir o contrato, a proposição legislativa prevê, em seu art. 2º, a vinculação pelo Município, a título de contragarantia às contrapartidas do Governo Federal, das cotas de repartição tributária e de suas receitas geradas pelos Impostos a que se referem os art. 156, 158 e 159, incisos I e II da Constituição Federal, em observância a autorização expressa do § 4º do art. 167 da Constituição da República.

Art. 32, §1º, II –

As ações do Programa Integrado de Políticas Públicas

para a Juventude estão inclusas na Legislação Orçamentária do Município, a saber:

A Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO de 2009, Lei nº 9.412 de 29 de agosto de 2008, (ANEXO II), publicada no Diário Oficial do Município de nº 13.890, de 29 de agosto de 2008, prevê a adoção do PIPPJ, cujas descrições constam no Anexo de Metas abaixo discriminado, atestando, assim, a compatibilidade desta Lei com a operação de crédito pleiteada:

- Programa: 0003 – Gestão Política e Administrativa;
- Programa: 0006 – Gestão de Política de Comunicação;
- Programa : 0015 – Cursinho Popular;
- Programa : 0044 – Geração de Emprego e Renda;
- Programa: 0046 – Desenvolvimento do Desporto Comunitário ;
- Programa: 0106 – PROJovem;
- Programa: 0115 – Integração, Cultura, Arte, Ciência e Esporte.

O programa a ser financiado está previsto, ainda, no orçamento do exercício atual, na Lei Orçamentária Anual-LOA/2009 (ANEXO III), Lei nº 9.440, de 30 de dezembro de 2008, publicada no suplemento do Diário Oficial do Município nº 13.973, de 30 de dezembro de 2008, conforme valores abaixo:

QUADRO DEMONSTRATIVO DO ORÇAMENTO DE 2009 DO PIPPJ						
DESCRIÇÃO	CLASSIF	GRUPO DE DESPESAS	FORTE	BID	PMF	OGU
Gestão do CUCA – Município	04.122.0003.2003.0005	Outras Despesas Correntes	100		149.500,00	
		Investimento	100		8.500,00	
Gestão do Programa Integrado de Políticas Públicas de Juventude – Município	04.122.0003.2003.0007	Outras Despesas Correntes	100		120.450,00	
		Investimento	100			
		Outras Despesas Correntes	148	83.000,00		
		Investimento	100		18.934,00	
Apoio ao Protagonismo Juvenil – PIPPJ- Município	04.122.0003.2003.0008	Outras Despesas Correntes	148	519.000,00		
		Investimento	148	5.000,00		
Apoio aos Cursinhos Populares – Município	04.362.0003.2003.0009	Outras Despesas Correntes	148	2.027.000,00		
Apoio ao Credjovem Solidário – Município	04.334.0003.2003.0010	Outras Despesas Correntes	148	863.000,00		
Apoio às Políticas de Saúde Juvenil – Município	04.128.0003.2003.0011	Outras Despesas Correntes	148	126.000,00		
Apoio ao Esporte na Comunidade – Município	04.812.0003.2003.0012	Outras Despesas Correntes	148	167.000,00		
		Investimento	148	171.000,00		
Apoio aos Programas Adolescentes Cidadão e Agente Jovem – Município	04.243.0003.2003.0013	Outras Despesas Correntes	148	100.000,00		

QUADRO DEMONSTRATIVO DO ORÇAMENTO DE 2009 DO PIPPJ						
DESCRIÇÃO	CLASSIF	GRUPO DE DESPESAS	FONTE	BID	PMF	OGU
Apoio às Políticas de Geração de Emprego e Renda da Juventude - Município	04.334.0003.2003.0014	Outras Despesas Correntes	148	1.751.000,00		
		Investimento	148	28.000,00		
Apoio ao Adolescente Cidadão - Município	04.243.0003.2003.0016	Outras Despesas Correntes	148	120.000,00		
Plano de Comunicação - Juventude	04.122.0006.2008.0003	Outras Despesas Correntes	148	1.104.000,00		
Apoio à Ação Comunitária do PROJOVEM - Município	12.366.0106.1360.0002	Outras despesas Correntes	148	200.000,00		
Apoio ao PROJOVEM Adolescente - Município	12.366.0106.1360.0003	Outras Despesas Correntes	148	100.000,00		
Manutenção e Equipamento do CUCA - SER I	13.392.0115.2227.0007	Outras Despesas Correntes	100		80.000,00	
		Investimento	100		42.500,00	
		Outras Despesas Correntes	148	5.000.000,00		
Manutenção e Equipamento do CUCA - SER II	13.392.0115.2227.0008	Outras Despesas Correntes	100		80.000,00	
		Investimento	100		42.500,00	
		Outras Despesas Correntes	148	500.000,00		
Manutenção e Equipamento do CUCA - SER III	13.392.0115.2227.0009	Outras Despesas Correntes	100		80.000,00	
		Investimento	100		42.500,00	
		Investimento	148	1.500.000		

QUADRO DEMONSTRATIVO DO ORÇAMENTO DE 2009 DO PIPPJ						
DESCRIÇÃO	CLASSIF	GRUPO DE DESPESAS	FONTE	BID	PMF	OGU
Manutenção e Equipamento do CUCA - SER IV	13.392.0115.2227.0010	Outras Despesas Correntes	100		80.000,00	
		Investimento	100		42.500,00	
		Investimento	148	650.000,00		
Manutenção e Equipamento do CUCA - SER V	13.392.0115.2227.0020	Outras Despesas Correntes	100		40.000,00	
		Investimento	100		42.500,00	
		Outras despesas Correntes	148	2.500.000,00		
Manutenção e Equipamento do CUCA - SER VI	13.392.0115.2227.0021	Outras Despesas Correntes	100		80.000,00	
		Investimento	100		85.000,00	
		Outras Despesas Correntes	148	2.500.000,00		
Construção do CUCA - SER I	13.392.0115.1408.0001	Investimento	100		4.000.000,00	
		Investimento	148	4.485.000,00		
Implantação e Recuperação de Infra-estrutura Esportiva - SER II	27.451.0046.1205.0002	Investimento	100		240.570,00	
		Investimento	148	120.000,00		
Construção do CUCA - SER II	13.392.0115.1408.0007	Investimento	100		210.000,00	
		Investimento	148	1.000.000,00		
Implantação e Recuperação de Infra-Estrutura Esportiva - SER III	27.451.0046.1205.0003	Investimento	100		97.633,00	
		Investimento	148	83.000,00		
Construção do CUCA - SER III	13.392.0115.1408.0008	Investimento	100		555.717,00	
		Investimento	100		1.400.000,00	

QUADRO DEMONSTRATIVO DO ORÇAMENTO DE 2009 DO PIPPJ						
DESCRIÇÃO	CLASSIF	GRUPO DE DESPESAS	FONTE	BID	PMF	OGU
Implantação e Recuperação de Infra-estrutura Esportiva - SER IV	27.812.0046.1205.0004	Investimento	100		169.380,00	
		Investimento	148	69.000,00		
Construção do CUCA - SER IV	13.392.0115.1408.0009	Investimento	100		40.095,00	
		Outras Despesas Correntes	100		5.482,00	
Construção do CUCA - SER VI	13.392.0115.1408.0006	Investimento	100		5.700.000,00	
		Investimento	148	5.500.000,00		

O Projeto em pauta está, ainda, expressa e devidamente previsto no Plano Plurianual 2006/2009, Lei nº 9.044, de 30 de novembro de 2005, (ANEXO III) publicada no Suplemento do Diário Oficial do Município nº 13.221 do dia 09 de dezembro de 2005, em estrita observância ao que dispõe o §1º do art 167, da Constituição Federal.

Art. 32, §1º, III-

Esta Municipalidade cumpriu os limites das despesas com pessoal no período de 09/2007 a 08/2008, conforme se demonstra no anexo do último Relatório de Gestão Fiscal, abaixo especificado:

Especificação	Poder Executivo (R\$)	Poder Legislativo (R\$)
DESPESA BRUTA COM PESSOAL (a+b+c+d) = (I)		
Pessoal Ativo (a)	1.226.496.234	52.011.585
Pessoal Inativo (b)	1.001.573.375	47.309.170
Pensionistas (c)	166.550.155	
Outras despesas com Pessoal decorrente de contratos de terceirização (art. 18, § 1º LRF) (d)	58.372.704	4.709.757

Especificação	Poder Executivo (R\$)	Poder Legislativo (R\$)
DESPESAS NÃO COMPUTADAS (art. 19, §1º da LRF: indenizações por demissão e incentivos à demissão voluntária; decorrentes de decisão judicial; despesas de exercícios anteriores; inativos e pensionistas com recursos vinculados). (II)	183.098.220	7.342
REPASSES PREVIDENCIÁRIOS AO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (III) Contribuições Patronais	-	-
TOTAL DA DESPESA COM PESSOAL PARA FINS DE APURAÇÃO DO LIMITE - TDP (IV = I-II+III)	1.043.398.015	52.011.585
RECEITA CORRENTE LÍQUIDA (RCL) (V)	2.487.561.242	2.487.561.242
IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF) - ativos, inativos e pensionistas (informar somente de o IRRF não estiver computado na despesa bruta com pessoal)	-	-
TOTAL DA DESPESA COM PESSOAL PARA FINS DE APURAÇÃO DO LIMITE - TDP SOBRE A RCL (IV/V)*100.	41,94	2,09

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 19, III, determina o limite legal de 60% da Receita Corrente Líquida para os gastos com despesas de pessoal.

Infere-se do demonstrativo fiscal colacionado que a despesa bruta com pessoal corresponde, em termos percentuais, a 41,94% (quarenta e um vírgula noventa e quatro por cento) do total da Receita Corrente Líquida, pelo que se constata a estrita observância do limite legal imposto no art. 19, III da Lei nº 101/2000. Impende, ainda, destacar que o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) já está computado na despesa bruta com pessoal.

Cabe destacar, por conseguinte, que o art. 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal não se aplica a esta Municipalidade tendo em vista que as despesas de pessoal não ultrapassam o limite de 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo, previsto no art. 20, III alínea "b" da Lei nº 101/2000.

Da comprovação dos limites contidos nas Resoluções nº 41 e 43 do Senado Federal.

*Do Montante Global das Operações Realizadas (art. 7º, I da Resolução nº 43/2001)

Cumprir consignar que, conforme as informações dos Relatórios Fiscais de 09/2007 a 08/2008, **o Município de Fortaleza vem cumprindo o limite de endividamento de 16% da Receita Corrente Líquida para o exercício financeiro**, em observância ao que dispõe o art. 7º, I da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal.

O Demonstrativo das Operações de Crédito (ANEXO IV) atesta que o Município contratou o total de R\$ 18.341.736 (dezoito milhões, trezentos e quarenta e um mil, setecentos e trinta e seis reais) em operações de crédito **perfazendo o percentual de 0,74% sobre a Receita Corrente Líquida** quando poderia atingir até R\$ 398.009.799 (trezentos e noventa e oito milhões, nove mil, setecentos e noventa e nove), total correspondente ao limite de 16% previsto na Resolução nº 43/2001.

*Do Total da Dívida Consolidada (art. 3º, II da Resolução nº 40/2001 e art. 7º, III da Resolução nº 43/2001)

Ressalte-se, ainda, que esta **Municipalidade cumpriu o limite de 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida relativo ao endividamento total** estatuído no art. 3º, II da Resolução nº 40/2001 e Art. 7º, III da Resolução nº 43/2001, conforme se infere do Demonstrativo da Dívida Consolidada Líquida (ANEXO V), **tendo em vista o percentual de - 8,92 (oito vírgula noventa e dois negativos), comprovando, assim, que as disponibilidades superam a dívida consolidada total apurada no segundo quadrimestre do exercício de 2008.**

*Do comprometimento anual com amortizações e demais encargos (art. 7, II da Resolução nº 43/2001)

Cabe destacar, ademais, a observância ao **limite de 11,5% (onze vírgula cinco por cento) da receita corrente líquida, previsto no art. 7º, II da Resolução nº 43/2001 do Senado Federal**, referente ao comprometimento anual com amortizações.

Da análise do Demonstrativo dos Pagamentos das Amortizações Juros e Encargos (ANEXO VI) extrai-se que os percentuais de comprometimento total com juros e demais encargos da dívida consolidada foram somente de **1,44% (um vírgula quarenta e quatro por cento)** até agosto de 2008.

*Do Saído das Garantias Concedidas e Das Operações de Crédito por Antecipação de Receita (arts. 9º e 10 da Resolução nº 43/2001)

Essas hipóteses não se aplicam a esta Municipalidade, vez que não há concessão de garantias de valores a nenhum ente da Federação, bem como inexistem contratação de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária conforme se comprova, respectivamente, mediante o Demonstrativo das Garantias e Contra-Garantias de Valores (ANEXO VII) e Demonstrativo das Operações de Crédito (ANEXO IV).

Art 32 §1º, V-

Estão atendidas as disposições do inciso III do artigo 167 da Constituição Federal, comprovado o cumprimento dos limites previstos neste dispositivo mediante a apuração das operações de crédito e das despesa de capital, segundo os critérios definidos no § 3º art. 32 da Lei nº 101/2000. Dessume-se dos Demonstrativos de Receita e Despesa (ANEXOS VIII E IX) consignados na Lei Orçamentária Anual de 2008, que:

A totalidade das operações de crédito são na ordem de R\$ 197.752.000 (cento e noventa e sete milhões, setecentos e cinquenta e dois mil reais), sendo R\$ 64.120.000 (sessenta e quatro milhões, cento e vinte mil) referentes às operações de crédito internas e R\$ 133.632.000 (cento e trinta e três milhões,

seiscentos e trinta e dois mil) referentes às operações externas.

Conclui-se, portanto, que o montante de operações de crédito é inferior às despesas de capital nos gastos com investimentos, cujo valor é de R\$ 661.973.646 (seiscentos e sessenta e um milhões, novecentos e setenta e três mil, seiscentos e quarenta e seis reais).

Da comprovação do limite do montante das despesas de capital.

Ressalte-se que a Lei Orçamentária Anual de 2008 prevê no orçamento do Programa Integrado de Políticas Públicas de Juventude-PIPPJ a destinação dos recursos provenientes da presente operação de crédito para gastos com investimentos e com despesas correntes, ambas, por óbvio, **unicamente decorrentes do Programa que ora se pretende financiar. Tal previsão encontra respaldo constitucional, senão vejamos:**

A determinação constitucional inscrita no art. 167, III veda que se contrate operação de crédito em **montante** superior ao das despesas de capital. Destaque-se que o texto constitucional refere-se expressamente ao **montante de despesas de capital, e não menciona qualquer restrição na utilização em despesas correntes**. Isso significa que as despesas correntes podem integrar o valor limite, desde que, somadas às despesas de investimento que se pretende financiar não ultrapassem o **valor total de todas as despesas de capital**.

Impende destacar que o entendimento de que o art. 167, III, impediria a utilização de receita de operação de crédito (tipo de receita de capital) em despesas correntes deve ser visto com cautela para que não se tenha uma interpretação extensiva do dispositivo, isso porque, embora desejável, a vedação na utilização de despesas correntes não está escrita, portanto, não pode ser deduzida do texto da Constituição.

Em face disso, tendo em vista que as despesas correntes (do programa PIPPJ) somadas às despesas de capital (do mesmo programa) não ultrapassam a cifra de

R\$ 661.973.646 (seiscentos e sessenta e um milhões, novecentos e setenta e três mil, seiscentos e quarenta e seis reais) - (ANEXO IX), o art. 167, III, da Constituição Federal está devidamente cumprido.

Nessa esteira, a própria Secretaria do Tesouro Nacional em seu manual de receitas públicas, documento oficial aprovado pela Portaria nº 219, de 29 de abril de 2004, define o que são receitas de capital, *in verbis*:

São os ingressos de recursos financeiros oriundos de atividades operacionais ou não operacionais **para aplicação em despesas operacionais, correntes ou de capital, visando ao alcance dos objetivos traçados nos programas e ações de governo**. São denominados receita de capital porque são derivados da obtenção de recursos mediante a constituição de dívidas, amortização de empréstimos e financiamentos ou alienação de componentes do ativo permanente, constituindo-se em meios para atingir a finalidade fundamental do órgão ou entidade, ou mesmo, atividades não operacionais visando ao estímulo às atividades operacionais do ente.

(FONTE: http://www.stn.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Manual_Procedimentos_RecPublicas.pdf)

Tem-se, portanto, na referida disposição normativa a possibilidade expressa de utilização das receitas de capital para aplicação em despesas correntes, restando, pois, legitimada a adequação dessa natureza de despesa no presente caso.

Reitere-se que as despesas correntes de que ora se trata referem-se, exclusivamente, às previstas no Programa Integrado de Políticas Públicas de Juventude - PIPPJ, objeto do crédito em pauta, pois essenciais e inerentes à sua perfeita execução.

Diante do exposto, verificado o cumprimento dos limites e requisitos legais para a obtenção do crédito ora pleiteado, é o parecer pela contratação da operação de crédito junto a União Federal, vez que constatada a efetiva adequação desta Municipalidade aos pressupostos formais que regem a matéria.

É o parecer que ora submeto ao visto da Assessoria Institucional do Gabinete da Sra. Prefeita.

Fortaleza, 31 de dezembro de 2008.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Procurador Geral do Município
OAB/CE 6.840

Alexsandra Fonseca Canuto
Coordenadora de Implantação e Manutenção
OAB/CE 19.771

De acordo:

Luizianne de Oliveira Lins
Prefeita Municipal de Fortaleza



**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICIPAL**

Suspensão de Liminar nº 31639-48.2010.8.06.0000/0

AGRTE : Município de Fortaleza
ADV/PROC : MIGUEL ROCHA NASSER HISSA E OUTROS
AGRDO : Ministério Público do Estado do Ceará

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por meio de seus Procuradores in fine subscritos, inconformado com a r. decisão de fls. 226-231, que indeferiu o pedido de suspensão de segurança formulado nos autos do processo em epígrafe, interpor o presente **AGRAVO**, o que faz com esteio no art. 12, §1º, da Lei nº 7.347/85, e ainda nos fatos e fundamentos a seguir delineados.

Da necessidade de revisão dos fundamentos da decisão agravada. Lesão à ordem pública administrativa. Consoante a decisão de fls. 226-231, o nobre Presidente deste Pretório indeferiu o pedido de suspensão de execução da medida liminar, formulado pelo agravante, por entender que o magistrado oficiante na 1ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza(CE) teria se limitado a exercer um controle de legalidade sobre os atos da

Administração, já que a prorrogação do prazo do contrato firmado com a empresa concessionária seria ilegal.

Para a ilustre autoridade julgante desta Corte, o desequilíbrio contratual gerado pela ausência de reajuste das tarifas do pedágio sobre a Ponte do Rio Ceará somente poderia ser sanado através de uma indenização por perdas e danos. Por último, o ilustre Magistrado afirma que a decisão originária teria sido proporcional e justa ao assegurar ao Município de Fortaleza a continuidade de exploração do aludido pedágio, desde que o fizesse diretamente ou realizasse um novo procedimento licitatório para este fim.

A despeito da percuciência do ilustre Presidente desta Corte, impõe-se a revisão do *decisum* de fls. 226-231. A decisão liminar proferida em primeiro grau de jurisdição, ainda que haja possibilitado a exploração direta, pelo agravante, do pedágio sobre a Ponte do Rio Ceará vem causando grave lesão à ordem administrativa. O Município de Fortaleza não possui condições de, repentinamente, assumir a prestação de tal serviço, que implica o manuseio de uma ponte de ligação entre dos municípios, sobre águas fluviais.

Além disso, a realização de certame licitatório para tal fim acarretará gravíssimos danos à ordem administrativa e à economia pública municipal, haja vista a demora inerente a tal procedimento. Durante o extenso lapso temporal necessário à conclusão do certame, a via se quedará carente de conservação, o que acarretará consideráveis prejuízos à população que trafega no local.

A decisão da instância originária, portanto, *data venia*, exorbitou do mero controle de legalidade ao inviabilizar a outorga da concessão dos serviços públicos de manutenção e conservação da Ponte José Martins Rodrigues, mediante a exploração do pedágio. A lesão à ordem administrativa é evidente, já que houve indevida interferência na normal execução de um serviço regularmente concedido.

Impõe-se reconhecer, à luz dos ensinamentos de Justen Filho, que “a inviabilização de uma concessão em específico ou de todo um sistema em conjunto (pelo descrédito generalizado acerca de sua viabilidade) é conduta incompatível com os deveres fundamentais da administração pública, consagrados entre nós pela CF/88 e derivados dos princípios da República, dignidade da pessoa humana e moralidade da atividade administrativa” (in Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, São Paulo: Dialética, 2003, página 69).

O próprio magistrado de primeiro grau de jurisdição, assim como o Nobre Presidente desta Corte, reconhecem que é o agravante o titular da concessão dos serviços de manutenção e conservação da Ponte do Rio Ceará. Ora, sendo do Município de Fortaleza as atribuições relativas ao poder concedente – o que decorre diretamente do convênio que lhe atribuiu a prerrogativa de explorar o pedágio – cabe somente às autoridades administrativas locais dizer sobre a concessão outorgada!

O poder jurídico de manifestar a vontade administrativa, em relação aos fatos inerentes à concessão de que se cuida, é do Município de Fortaleza, por meio de suas autoridades constituídas. A grave lesão à ordem pública está, portanto, devidamente demonstrada.

Da lesão à economia e à segurança pública municipal. Impossibilidade orçamentária de o Município de Fortaleza assumir a prestação direta do serviço. Prejuízo à conservação da ponte. A veneranda decisão agravada deixou ainda de analisar as questões acerca dos prejuízos à economia pública, levantadas pelo recorrente.

Com efeito, ficou esclarecido no pedido inicial que o Erário será irreversivelmente penalizado caso perdurem os efeitos da liminar concedida na instância originária, uma vez que a paralisação da cobrança do pedágio implicará a eliminação injustificada e ilegal de arrecadação. Aliás, não somente a economia pública do requerente será prejudicada, mas a do próprio Município de Caucaia, que também auferiu resultados pecuniários da exploração do pedágio.

Da mesma forma, o encerramento prematuro do contrato, conforme dito pelo próprio Presidente deste Sodalício (fl. 230, último parágrafo), redundará na obrigatoriedade, pelo ente agravante, de indenizar o concessionário pelos investimentos ainda não amortizados, o que demandará ainda maior aporte de recursos públicos.

Outrossim, os dispêndios com os encargos relativos à manutenção e conservação da ponte, até então realizados pelo concessionário, passarão a ser arcados pelo Município de Fortaleza, na qualidade de titular do serviço concedido, ensejando nova e imprevista despesa para o Erário, sem correspondente previsão orçamentária. Tal situação perdurará ainda que o ente municipal inicie licitação para contratar uma nova concessionária, haja vista, repita-se, o excessivo espaço de tempo necessário para concluir tal procedimento.

Justifica-se, pois, o reexame da decisão agravada, haja vista a grave lesão à economia pública do Município de Fortaleza causada pela medida liminar concedida nos autos do processo a que se refere este feito.

Note-se, mais, a existência de grave lesão à segurança pública, pois dentro do contrato de concessão consta a obrigação do concessionária da prestação de assistência ao usuário que se acidente, por exemplo. Dessa assistência direta e imediata ficarão desprovidos os usuários, pedestres, ciclistas, motoristas e motociclistas, mesmo os que transitam pela Ponte sem pagar pedágio.

Nesse sentido, esta Douta Presidência já deixou claro, por ocasião do pedido de suspensão de segurança nº 2009.0026.0915-5 – o qual também versa acerca da manutenção da cobrança do pedágio na Ponte do Rio Ceará – que a extinção do contrato de concessão firmado entre o Município de Fortaleza e a Construtora CHC Ltda, é passível de gerar graves danos à população que se utiliza daquela via:

“Dessarte, em acurado exame dos autos, sob análise a violação da ordem pública ou jurídico-administrativa, bem como a lesão à economia pública, ambas alegadas pelo requerente, vislumbro que a suspensão da atividade de exploração de cobrança da taxa de pedágio repercute como a inviabilização da outorga da concessão dos serviços de manutenção e conservação da ‘Ponte José Martins Rodrigues’.

Ora, é cediço que caberá, tão somente, às autoridades administrativas locais a determinação a respeito da concessão a ser outorgada e que, uma vez reste a mesma impossibilitada, a não realização dos serviços de manutenção, restauração e segurança da ponte trará efeitos nefastos à população que se utiliza da referida via, motivo pelo qual desdorme-se da decisão ora guerreada direta afronta aos valores albergados na norma de regência”.

Tal decisão ensejou inclusive a interposição de agravo regimental ao Pleno desta Corte. Este órgão, porém, rejeitou o recurso, considerando íntegra a decisão acima mencionada.

O Município de Fortaleza, com a concessão da liminar impugnada neste processo, vem deixando de contar com importante fonte de arrecadação, cujo produto foi objeto de regular planejamento orçamentário. **Além disso, a própria população está sendo prejudicada, pois uma importante via de acesso entre os Municípios de Fortaleza e de Caucaia deixou de ser administrada por um particular – que já o vem fazendo há anos – e foi entregue ao Poder Público que, contando com a continuidade da gestão da concessionária, elegeu prioridades distintas para o corrente ano de 2009.**

A decisão agravada, portanto, deixou de apreciar a restrição que a medida liminar impugnada vem acarretando ao exercício de funções administrativas garantidas ao ente municipal. Isso sem mencionar o severo abalo à economia do ente público agravante, com inevitáveis prejuízos a importantes investimentos sociais já planejados pelo Município de Fortaleza para o ano corrente.

Da plena regularidade da prorrogação contratual.
Quanto ao mérito da demanda principal – matéria que, conforme a decisão recorrida, deve ser enfrentada, ainda que minimamente – está evidenciada a plena regularidade dos atos da Administração Municipal relativamente ao contrato de concessão para exploração econômica da *Ponte do Rio Ceará*.

A prorrogação do prazo do contrato de concessão aqui tratado, com efeito, realizou-se em atenção a todos os ditames constitucionais e legais afinentes à matéria. Releva observar que tanto o edital da licitação realizada quanto o contrato firmado previam, expressamente, hipóteses de prorrogação, dadas determinadas circunstâncias. Além disso, a Constituição da República (art. 37, inciso XXI, 2ª parte) e, também, a Lei Geral de Concessões (art. 9º) homenageiam a preservação das condições efetivas da proposta, com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da outorga.

A equação econômico-financeira da concessão, no caso presente, sofreu indiscutível desequilíbrio, mercê da ausência de reajustes regulares ao longo dos cinco primeiros anos de contratação. Evidente o desequilíbrio, cabia ao poder concedente compensar o concessionário. Tal compensação somente poderia ocorrer por meio de três alternativas: a) com a elevação da tarifa, o que penalizaria os usuários; b) com a redução dos encargos do concessionário, o que penalizaria o Erário pela redução dos repasses; ou c) pela prorrogação compensatória do prazo contratual, de forma que o concessionário seja capaz de amortizar os investimentos realizados ao longo do período de congelamento tarifário.

Ora, a solução que melhor atendia a todos os interesses envolvidos – tanto da população quanto da empresa contratada – era justamente a que impunha prorrogação do contrato! Não se trata de medida política, como levemente afirma o MM. Juiz prolator da decisão vergastada. A Administração Municipal, no exercício de sua discricionariedade – e também sem descuidar do cumprimento da lei – adotou a providência mais consentânea ao princípio da proporcionalidade.

É por isso que agravante sustenta que a decisão liminar concedida na ação originária transbordou os limites do exercício da jurisdição, adentrando em matéria de indiscutível discricionariedade, afeita à competência exclusiva do Poder Executivo.

Mais grave ainda, o Eminente Julgador utilizou-se de supostas “notícias de corrupção” veiculadas contra uma pessoa de nome Magalhães Neto, considerado pelo Juiz como sócio do proprietário da empresa concessionária, “uma das construtoras mais beneficiadas na Administração do saudoso ex-Prefeito de Fortaleza, Senhor Juraci Magalhães”.

Note. Senhor Presidente, que o Magistrado não se volta à apreciação dos documentos contidos no processo. Prefere, em vez disso, basear-se em fatos abstratos, que sequer foram ventilados no processo. O Eminente Juiz apoia-se em meros boatos e conjecturas para interferir na administração de um serviço público e determinar um grave ônus à ordem pública e à segurança dos que trafegam na Ponte do Rio Ceará.

Repita-se: nenhum vício de legalidade existe no ato que prorrogou o contrato de concessão aqui tratado. Em circunstâncias ordinárias, tal como imaginadas pela Lei Municipal de Fortaleza nº 8.061/1997, a outorga de que se cuida não seria prorrogada. Findo o prazo SEM INTERCORRÊNCIAS, não poderia ser cogitada qualquer prorrogação.

Com a ocorrência, contudo, do desequilíbrio contratual, em decorrência direta da ausência de reajuste tarifário, impunha-se compensação ao concessionário. Optou-se, portanto, pela prorrogação compensatória do prazo contratual. Do contrário, ao termo da concessão, a concessionária deveria ser previamente indenizada pelas perdas e danos incorridos. Vejamos, a este respeito, o que ensina MARÇAL JUSTEN FILHO¹:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 270.

“Se o poder concedente não dispuser de condições ou optar por não realizar a indenização, então deverá encontrar-se uma solução alternativa. **Se houver concordância do concessionário, uma solução cabível (a ser examinada oportunamente) será a prorrogação da concessão. Nesse caso, a prorrogação consistirá numa espécie de contrapartida pela redução de vantagens originalmente asseguradas ao particular.**”
(grifou-se)

Dessa forma, a motivação central da lide, correspondente à expiração da vigência contratual, não tem qualquer substância jurídica, evidenciada a legalidade e a constitucionalidade da prorrogação contratual oportunamente realizada.

Da imperiosa necessidade de imediata suspensão da medida liminar. Nada obstante o alegado, a demora no julgamento deste pedido pode implicar a ocorrência de prejuízos irreparáveis para o requerente, uma vez que, não suspensos os efeitos da decisão impugnada, a prestação de serviço público à coletividade ficará seriamente prejudicada, acarretando danos irreparáveis à coletividade.

Nesse sentido, há prova bastante e farta de que os prejuízos causados pela medida liminar hostilizada, além de econômicos, são de ordem jurídica e pública-administrativa.

O grave risco de dano irreparável ao Município de Fortaleza, portanto, é mais do que patente, haja vista a considerável perda de receitas que há anos vêm sendo atribuídas ao ente municipal.

Com efeito, caso o provimento de urgência seja mantido, o Erário será irreversivelmente penalizado, na precisa medida em que a paralisação da cobrança do pedágio aos usuários pagantes da ponte sobre a foz do rio Ceará, implicará a diminuição injustificada e ilegal de arrecadação.

Reitere-se, ainda, os dispêndios com os encargos relativos

à manutenção e conservação da ponte, até o momento realizados pela concessionária, que passarão a ser arcados pelo Município de Fortaleza, na qualidade de titular do serviço concedido, ensejando nova e imprevista despesa para o Erário.

A fundamentação utilizada na decisão, *data venia*, apoiada em meras conjecturas, não se reveste da relevância jurídica necessária para ocasionar uma significativa repercussão sobre a Administração Municipal. Impõe-se, por isso, sua suspensão em caráter liminar.

O agravante, com a concessão da liminar, vem deixando de contar com importante fonte de arrecadação, cujo produto foi objeto de regular planejamento orçamentário. Além disso, a própria população vem sendo prejudicada, pois uma importante via de acesso entre os Municípios de Fortaleza e de Caucaia deixará de ser administrada por um particular – que já o vem fazendo há anos – e será entregue ao Poder Público que, contando com a continuidade da gestão da concessionária, elegeu prioridades distintas para o corrente ano de 2010.

É flagrante, portanto, a restrição que a liminar pleiteada acarreta ao exercício de funções administrativas garantidas ao ente municipal. Isso sem mencionar o severo abalo à economia do Município, com inevitáveis prejuízos a importantes investimentos sociais já planejados pelo Município de Fortaleza para o ano corrente.

A decisão aqui impugnada, portanto, é, a desdúvidas, como bem já se pôde perceber, extremamente gravosa não só à entidade requerente, mas a toda a coletividade, porquanto, não obstante contra ela tenha sido interposto o presente requerimento de suspensão, não se vêem ainda tolhidos os seus efeitos, permitindo-se atue a mesma normalmente, durante a regular prossecução deste feito.

Portanto, se não cessados, imediatamente, os efeitos da decisão vergastada, danos de difícil, incerta e impossível reparação advirão ao Município e à coletividade, que vêm sofrendo um injusto

prejuízo em virtude da decisão liminar aqui refutada. Não se nega possam os Magistrados, usando do livre poder de convencimento motivado que lhes é conferido, conceder a tutela de urgência. Quer-se porém suspender os efeitos de uma decisão provisória, pelo simples fato de que a mesma criou uma perturbação na ordem econômica, jurídica e administrativa municipal.

Do requerimento. Face o exposto, requer o agravante que:

i. o doutor Presidente desta Corte se digne de admitir o presente agravo interno, haja vista a presença de seus requisitos de admissibilidade, e de reconsiderar a decisão de fls. 226-231, deferindo o pedido de suspensão da liminar concedido nos autos do processo nº 10966-65.2009.8.06.0001, haja vista a indiscutível existência de danos à ordem jurídico-administrativa e à economia pública e segurança do Município de Fortaleza;

ii. na hipótese de não se entender pela reconsideração pugnada – o que se cogita por zelo profissional dos subscritores deste agravo –, que o Pleno desta Corte dê provimento ao agravo aqui versado, concedendo a suspensão postulada, em face dos motivos alinhados neste inconformismo.

N. Termos

P. e E. Deferimento

Fortaleza(CE), 20 de abril de 2010

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB(CE) Nº 6.840

Miguel Rocha Nasser Hissa
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
OAB(CE) Nº 15.469

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA

A Revista Científica da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza tem por finalidade divulgar a produção intelectual de profissionais e acadêmicos de direito e de áreas afins, criando uma fonte de pesquisa permanente para a comunidade jurídica brasileira. A linha editorial da revista abrange as seguintes áreas: Teoria do Direito e do Estado, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Municipal e Urbanístico, Direito Tributário, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e afins.

Os artigos devem observar as normas da ABNT e as especificações constantes deste edital, nos seguintes termos:

I - Os artigos devem ser inéditos e escritos em língua portuguesa;

II - Os artigos devem ser apresentados em formato *Word*, fonte arial 12, papel tamanho A4, devendo possuir de 06 (seis) a 15 (quinze) laudas;

III - Os artigos deverão conter os seguintes elementos: a) Título e subtítulo (se houver); b) Sumário; c) Resumo e palavras-chave em português; d) Resumo e palavras-chave em inglês; e) Introdução; f) Desenvolvimento (dividido em capítulos, nomeados livremente); g) Conclusão ou Considerações Finais; h) Referências.

IV - Devem ser observados os seguintes espaçamentos: a) Entre linhas: simples; b) Entre parágrafos: 6pts; c) Entre título e texto: 6pts; d) Entre o texto e a citação longa: 6pts; e) Entre linhas de citação: simples; f) Entre linhas das referências: simples; g) Entre uma referência bibliográfica e outra: 6pts; h) Início do parágrafo: 1cm na régua do *Word*; i) Citação longa (sem aspas e sem itálico): 4cm de recuo na régua do *Word*.

V - O artigo será escrito em fonte Arial, nos seguintes tamanhos: a) Título do artigo: tamanho 14, CAIXA ALTA e negrito; b) Título em inglês: tamanho 14, CAIXA ALTA e negrito; c) Sumário: tamanho 10, CAIXA ALTA, sem negrito, recuado em 4cm; d) Resumo (até 350 palavras): tamanho 10; e) Palavras-chave (de 3 a 5 palavras separadas por ponto): tamanho 10; f) Resumo

em inglês (até cerca de 350 palavras): tamanho 10; g) Palavras Chave em língua estrangeira (de 3 a 5 palavras separadas por ponto): tamanho 10; h) Texto: tamanho 12; i) Títulos1: tamanho 14, CAIXA ALTA e negrito; j) Títulos2: tamanho 12, caixa baixa, negrito; k) Títulos3: tamanho 12, caixa baixa, itálico, sem negrito; l) Citação curta (até 3 linhas): tamanho 12; m) Citação longa (mais de 3 linhas): tamanho 10; n) Notas de rodapé: tamanho 10; o) Referências: tamanho 12.

VI - As margens do artigo são as seguintes: a) Esquerda: 2,5 cm; b) Direita: 2,0 cm; c) Superior: 2,5 cm; d) Inferior: 2,0 cm.

VII - As citações devem observar o sistema AUTOR-DATA, sendo feitas no corpo do texto, entre parênteses, com indicação do último sobrenome do autor, ano e página de publicação. Ex: (DINIZ, 2001, p. 87);

VIII - As referências deverão ser apresentadas no final do texto, em ordem alfabética, de acordo com o seguinte exemplo:

IX - Todas as referências feitas no texto deverão constar do tópico Referências, sendo vedada a indicação de obra não citada expressamente.