

PROCURADORIA DE
DESENVOLVIMENTO DE PESQUISA

**Revista da
Procuradoria-Geral
do Município de Fortaleza**

Ano 23 • Vol. 23

Fortaleza – Ceará
2015

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – PRODESP

Av. Santos Dumont, 5335 – 11º andar – Papicu

Fone: (85) 3234-7666 Fax: (85) 3265-1975

Site: <http://www.fortaleza.ce.gov.br/pgm> – E-mail: revista.pgm@fortaleza.ce.gov.br

EDITOR-CHEFE

Marcelo Sampaio Siqueira

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Gomes Moreira Maués, Fátima Maria Nunes Memória, Guilherme José Purvin de Figueiredo, Isabella Franco Guerra, José Maria Arruda de Andrade, Juraci Mourão Lopes Filho, Luísa Cristina Pinto e Netto, Lucíola Maria de Aquino Cabral, Marcelo Sampaio Siqueira, Marcia Dieguez Leuzinger, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Narciso Leandro Xavier Baez, Natércia Sampaio Siqueira, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Paulo Bonavides e Ricardo Camargo.

REVISOR

Conceição de Maria Vasconcelos Lima

APOIO TÉCNICO E ADMINISTRATIVO

Sandra Maria Pessoa Simões – Bibliotecária

Teresa Selma Oliveira Luna – Bibliotecária

Igor Brandão Feitosa de Carvalho – Assessor Administrativo da Prodesp

Os artigos são de inteira responsabilidade dos seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem necessariamente às opiniões da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Os trabalhos aprovados por superiores hierárquicos representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos. Permite-se transcrição dos artigos com citação da fonte.

As correspondências devem ser dirigidas à Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa – PRODESP – PGM.

Pede-se permuta. We request exchange. On demande l'échange. Wir erbitten Austausch. Se solicita canje. Si chiede lo scambio.

R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Ano 1, v. 1, n. 1, (1992) - . Fortaleza: RDS Gráfica e Editora LTDA, 1992 - .

Anual.

Ano 23, v. 23, n. 23, 2015.

ISSN 1806-5619

1. Direito - Periódicos. I. Fortaleza (Procuradoria-Geral do Município).

CDD 340.05



ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA
PREFEITO DE FORTALEZA

JOSÉ LEITE JUCÁ FILHO
PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA
PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - PRODESP

PREFEITO MUNICIPAL DE FORTALEZA
ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO
JOSÉ LEITE JUCÁ FILHO

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO
MIGUEL ROCHA NASSER HISSA

PROCURADOR ASSISTENTE
JOÃO PAULO DE SOUSA BARBOSA NOGUEIRA

PROCURADOR ADMINISTRATIVO
FELIPE AUGUSTO SIQUEIRA COSTA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE URBANISMO E MEIO AMBIENTE
DENISE BARBOSA SOBREIRA COSTA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA JUDICIAL
JOÃO AFRÂNIO MONTENEGRO

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA FISCAL
VALERIA MORAES LOPES

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA
JURACI MOURÃO LOPES FILHO

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA JURÍDICO – ADMINISTRATIVA
LUIS GENTIL CHAVES

PROCURADOR-CHEFE DA CONSULTORIA
MARIA DE FÁTIMA NOBREGA ARAÚJO

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE APOIO AOS FEITOS JUDICIAIS
YANDRA MARIA RIBEIRO MENDES

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
ANTÔNIO GUILHERME RODRIGUES DE OLIVEIRA

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**
FÁTIMA MARIA NUNES MEMÓRIA

PRESIDENTE DE JUNTAS PROCESSANTES
ELIZA MARIA MOREIRA BARBOSA

PROCURADOR-CHEFE DA REPRESENTAÇÃO DA PGM EM BRASÍLIA – DF
EDVALDO ASSUNÇÃO E SILVA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....7

O DIREITO À CIDADE E O DIREITO ÀS CIDADES SUSTENTÁVEIS NO BRASIL: O DIREITO À PRODUÇÃO E FRUIÇÃO DO ESPAÇO E O ENFRENTAMENTO DO DEFICIT DE IMPLEMENTAÇÃO.....9

Marise Costa de Souza Duarte

A IRRACIONALIDADE NA POLÍTICA E O LIMIAR DO ESTADO DE NATUREZA: REPERCUSSÕES SOBRE A COMPREENSÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA NOS QUADRANTES DO ESTADO DE DIREITO 33

Ricardo Antônio Lucas Camargo

AS MARCANTES ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL.....73

Lino Edmar de Menezes

TEORIA DA JUSTIÇA: SUA RELEVÂNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA PRÁTICA JURÍDICA ÉTICA E DEMOCRÁTICA.....93

Natércia Sampaio Siqueira

Marcelo Sampaio Siqueira

PARECER Nº 551/2015 - CONS..... 109

Mário Sales Cavalcante

PARECER Nº 47/2015 - PROURMA/PGM..... 119

Lucíola Maria de Aquino Cabral

APRESENTAÇÃO

Senhores Leitores:

O compromisso institucional da Prodesp-PGM de Fortaleza mais uma vez é cumprido ao promover a edição nº 23 da prestigiosa Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza, em circulação anual desde a década de 1990. Conforme o exposto nas apresentações contidas nas edições anteriores, reitera-se que sua longevidade faz desta uma das mais antigas e conceituadas publicações acadêmicas editadas por Procuradorias das capitais brasileiras.

A presente edição reúne trabalhos dos Procuradores Municipais Natércia Sampaio Siqueira, Marcelo Sampaio Siqueira, Mário Sales Cavalcante e Lucíola Maria de Aquino Cabral; do Procurador Regional da República Lino Edmar de Menezes e dos Professores Doutores Ricardo Antonio Lucas Camargo e Marise Costa de Souza Duarte.

Mais uma vez reitera-se que não se podem olvidar os agradecimentos àqueles que, por seus esforços, tornaram esta publicação possível. Agradece-se, em primeiro lugar, por financiar a edição, revisão e publicação deste volume, ao Fundo de Aperfeiçoamento da PGM, na pessoa do Prefeito Municipal, Doutor Roberto Cláudio Rodrigues Bezerra. O financiamento do Fundo para a edição da obra ora apresentada é um indicativo permanente do acerto dos seus objetivos, que abrangem a capacitação e formação profissional do quadro de procuradores e servidores desta Procuradoria.

Agradece-se, igualmente, ao quadro de servidores da Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa (Prodesp), pelo estuendo trabalho de organização desempenhado, nas pessoas dos servidores Sandra Simões, Teresa Selma, João Costelha e José Erisvaldo. Agradece-se, por fim, à professora Conceição de Maria Vasconcelos Lima e à equipe da RDS Editora, pelo excelente trabalho realizado.

Por fim, como de costume, aproveita-se o ensejo para felicitar os colaboradores da Revista, cujas pesquisas são imprescindíveis para o desenvolvimento da ciência jurídica, e desejar a todos uma boa leitura.

Fortaleza, dezembro de 2015.

José Leite Jucá Filho

Procurador-Geral do Município

Marcelo Sampaio Siqueira

Procurador-Chefe da Prodesp

Igor Brandão Feitosa de Carvalho

Assessor Administrativo da Prodesp

**O DIREITO À CIDADE E O DIREITO ÀS CIDADES
SUSTENTÁVEIS NO BRASIL: O DIREITO À
PRODUÇÃO E FRUIÇÃO DO ESPAÇO E O
ENFRENTAMENTO DO
DEFICIT DE IMPLEMENTAÇÃO**

**THE RIGHT TO THE CITY AND THE RIGHT TO
SUSTAINABLE CITIES IN BRAZIL: THE RIGHT
TO PRODUCTION AND USUFRUCT OF THE
SPACE AND FACING THE DEFICIT
OF IMPLEMENTATION**

Marise Costa de Souza Duarte

Doutora em Arquitetura e Urbanismo pela
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, com
estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, Portugal.
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal
do Rio Grande do Norte.

Graduada e Especialista em Serviço Social pela
Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

E-mail: marise_csd@yahoo.com.br

Sumário: 1 Introdução; 2 O direito à cidade: ideias essenciais; 3 Brasil: o ideário da justiça social no meio urbano. O Movimento Nacional pela Reforma Urbana, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade; 4 O debate internacional sobre o direito à cidade e a Carta Mundial sobre o Direito à Cidade; 5 Algumas constatações quanto ao deficit de implementação do direito à cidade sustentável; 6 Considerações finais: apontamentos para o enfrentamento do descompasso direito às cidades sustentáveis *versus* deficit de implementação; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 The right to the city: essential ideas; 3 Brasil: the social justice thought in urban environment. The National Urban Reform

Movement, the 1988 Constitution and the City Statute; 4 International debate on the right to the city and the World Charter on the Right to the City; 5 Some findings regarding the implementation deficit of the right to a sustainable city; 6 Final considerations: notes to the gap right of the sustainable cities versus implementation deficit facing; References.

Resumo: O texto trata do direito à cidade a partir de importantes visões teóricas e como objeto de debate internacional (anos 2000), impulsionado pelas ideias sobre justiça social no meio urbano originadas, no Brasil, no Governo João Goulart, e retomadas no contexto da redemocratização, considerando que, a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Cidade, encontra-se substancial arsenal normativo voltado à construção de cidades justas e sustentáveis, que não encontra expressão concreta nas cidades brasileiras, ao mesmo tempo que se apontam trilhas para o enfrentamento do déficit de implementação desse novo direito, compreendido, em sua essência, como *direito à produção e fruição do espaço*.

Palavras-chave: Direito à cidade. Direito à cidade sustentável. Estatuto da Cidade. Direito à produção do espaço. Déficit de implementação.

Abstract: This text discusses the right to the city from some important theoretical views and as an object of international discussion (2000's), moved by the ideas about social justice in urban areas born, in Brazil, in João Goulart Government, and recovered in re-democratization context, considering that, from the 1988 Constitution and the City Statute, it can find many rules that regulate the build of just and sustainable cities which are not applied to Brazilian cities, at the same time it pointed trails for facing implementation deficit of this new law, understood in its essence as a right to the production and enjoyment of the space.

Keywords: Right to the city. Right to the sustainable city. City Statute. Right to the production of the space. Implementation deficit.

1 Introdução

O estudo sobre o *direito à cidade* não é recente e nem privilégio da doutrina jurídica, constituindo objeto de análise da Sociologia e da Geografia, como no caso do sociólogo francês Henri

Lefebvre (2008)¹ e do geógrafo inglês David Harvey (2004)², que oferecem ideias essenciais sobre o tema, convergentes na compreensão de que o *direito à cidade* se coloca como uma *construção coletiva*, como um *direito à produção do espaço*.

No Brasil, a busca pela efetivação da justiça social no meio urbano, que impulsionou a luta pela reforma urbana (ainda na década de 1960), teve frutos concretos ao final do período da Ditadura Militar, a partir da discussão da questão urbana no âmbito do Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU), criado em 1985, cujo ideário teve rebatimento na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), originando o Capítulo da Política Urbana na Constituição Federal de 1988.

O amadurecimento do ideário do *direito à cidade* ocorreu com a edição do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001), que forneceu diretrizes e instrumentos voltados a garantir a função social da cidade e da propriedade urbana, à regulação pública do solo, ao enfrentamento de distorções do crescimento urbano e à construção democrática das cidades, positivando um novo direito no ordenamento jurídico brasileiro: o *direito às cidades sustentáveis*.

A experiência brasileira de buscar o reconhecimento do *direito à cidade*, a partir de uma ação política em defesa da implantação da plataforma da Reforma Urbana, contribuiu para o debate internacional sobre esse direito, que se materializou na *Carta Mundial pelo Direito à Cidade*, finalizada em 2005³, à qual o Governo Brasileiro aderiu em 2006.

Contudo, observando-se o cenário das cidades brasileiras em 2015, constata-se um grave quadro de insustentabilidade urbana. Colapso de água em um expressivo número de cidades (com enfoque para São Paulo e várias cidades do Nordeste), risco de apagão elétrico, aumento do calor, explosão da violência urbana, enchentes e deslizamentos de terras, falta de mobilidade, ausência de moradia digna e adequada para grande parte da po-

¹ Considerado pioneiro no estudo do tema, na obra *Le droit à la ville*, publicada em 1968.

² Entende-se que os fundamentos da concepção de Harvey sobre o tema, do qual vem tratando em entrevistas concedidas a partir de 2006, podem ser encontrados em sua obra **Espaços de Esperança**. Trad. de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004.

³ No Fórum Social Mundial ocorrido em Porto Alegre, RS.

pulação, insuficiência de saneamento ambiental, dentre outros graves problemas socioambientais urbanos, fazem parte da experiência cotidiana nas cidades brasileiras.

Paralelamente, nos últimos anos houve um gradativo aumento da renda das classes sociais de menor poder aquisitivo, com consequente e progressivo acesso ao consumo, o que, no entanto, não veio acompanhado do acesso ao *direito à cidade sustentável* e aos direitos urbanos que ele comporta (direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, aos transportes e aos serviços urbanos, ao trabalho e ao lazer)⁴.

Diante desse cenário e da percepção de que “algo está fora do lugar”, o presente artigo traz à tona alguns fundamentos doutrinários e legais que possibilitam compreender esse novo contexto em que se insere a busca pela garantia dos direitos urbanos e apontar trilhas para o enfrentamento do deficit de implementação do *direito à cidade sustentável*, positivado na legislação brasileira desde o ano de 2001 e, em sua essência, compreendido como *direito à produção e fruição do espaço*.

2 O direito à cidade: ideias essenciais

Quando se trata teoricamente do direito à cidade, emergem algumas ideias essenciais trabalhadas por alguns estudiosos da cidade e do urbano as quais se irá utilizar, ainda que de modo sucinto, para conduzir a reflexão aqui desenvolvida sobre o tema.

Há que se mencionar que, embora ciente de que a abreviação de pensamentos doutrinários substanciosos pode suscitar uma redução da profundidade alcançada por seus autores, a pontuação de ideias sobre o *direito à cidade*, a partir de doutrinadores com renome no estudo do tema⁵, se faz essencial nesse momento, em que se reflete sobre um novo direito posto no ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se dizer que a ideia de *direito à cidade* não é recente. Em 1968, Henri Lefebvre, filósofo marxista e sociólogo francês, já

⁴ Nos termos postos pelo art. 2º, inc. I, do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001).

⁵ Sem que se ignore a existência de outros estudos sobre o tema.

a suscitava a partir de uma concepção crítica e inovadora (ao urbanismo positivista). Compreendendo que o *direito à cidade* não se realiza simplesmente pela construção de moradias e outros bens materiais por parte de um Estado autoritário planificador, Lefebvre considera que o *direito à cidade* deve ser compreendido como um apelo, uma exigência, uma

[...] forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar; onde, segundo o mesmo, se encontram implicados o “direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade)” (LEFEBVRE, 2008, p. 134).

Nesse sentido, para Lefebvre (2008) a busca pelo *direito à cidade* se identifica com a luta pelo direito de criação e plena fruição do espaço social. Compreendendo o exercício da cidadania muito além do direito de voto e expressão verbal, o sociólogo francês defende uma forma de democracia direta, que se efetive pelo controle direto dos indivíduos sobre a forma de habitar a cidade, produzida como obra humana coletiva. Visto sob essa perspectiva ativa, o *direito à cidade* é posto como um *direito à produção do espaço*.

Em momento mais recente, David Harvey (2009), geógrafo marxista, passa a tratar do *direito à cidade*, cuja busca pela efetivação deve se colocar, segundo o mesmo, como objeto de luta de vários movimentos sociais.

Constituído a partir da ideia do estabelecimento de um controle democrático sobre os excedentes do capital obtidos mediante o processo de urbanização, Harvey (2009) considera o *direito à cidade* como um direito coletivo (e não, individual) que consiste em um *poder da sociedade sobre a formulação dos processos coletivos de urbanização*.

Considerando que historicamente as cidades foram regidas pelo capital, mais que pelas pessoas, David Harvey entende que o *direito à cidade* deve ser tomado como um direito progressista, de se fazer algo no futuro, de participar proativamente. Assim, afirma que “reclamar o *direito à cidade* é reclamar ter voz ativa sobre os processos de urbanização, por meio dos quais nossas

idades são feitas e refeitas de uma maneira fundamentalmente radical.” (HARVEY, 2009).

Desse modo, para Harvey, “o direito à cidade não é simplesmente o direito ao que já existe na cidade, mas o direito de transformar a cidade em algo radicalmente diferente” (HARVEY, 2009). Integrada nessa percepção está a ideia de que a cidade deve ser vista “não como uma cidade de fragmentos, mas como um corpo político, como uma ‘entidade que tem um caráter, um papel a desempenhar na divisão internacional do trabalho’” (HARVEY, 2006) e que, portanto, pode (e mais ainda, deve) ser produzida coletivamente a partir das ideias e ideais dos sujeitos que participam ativamente dessa produção; e não sob a visão do solo como mercadoria (como forma essencial de reprodução da lucratividade do capital), mas a partir de uma visão de transformação humanizadora como *espaço de materialização dos princípios de justiça social e ambiental*. Nessa construção teórica, importante compreender o pensamento de Harvey sobre dois modos diferentes de como a cidade pode ser produzida:

Em Nova York, por exemplo, temos um prefeito, Michael Bloomberg, que tem uma visão de conjunto da cidade e a está implementando. Aponta para fazer de Nova York uma cidade competitiva em relação ao interesse da classe capitalista transnacional. Não é exatamente autoritário, mas diz estar acima da política. Está investindo na cidade e tem muitos projetos de desenvolvimento; preocupa-lhe a qualidade de vida, ainda que não para toda a população. A está convertendo numa cidade muito atrativa para o capital financeiro e para os turistas. Sei que isto é um problema, mas o que quero dizer é que ao menos tem uma visão da cidade em seu conjunto e a está levando a cabo sob essa perspectiva de classe. Nosso problema é porque não podemos fazer algo similar desde uma perspectiva de classe alternativa. Há casos. Por exemplo: pode-se fazer muitas críticas a Porto Alegre, mas ali houve uma tentativa de olhar a cidade em seu conjunto. Através da elaboração participativa do orçamento podemos envolver toda a população nas decisões da construção da cidade. É uma boa ideia. Traz problemas, evidentemente, mas ao menos nessa instância não se tem um

movimento social num bairro e outro num outro bairro, mas que diz: pensemos a cidade em seu conjunto, vejamos como ela funciona e nos encarreguemos dela. (HARVEY, 2006).

Tal compreensão da cidade (como corpo político), sob uma perspectiva alternativa, suscita a constatação de que:

Temos a oportunidade de criar espaço, de fortalecer criativamente as forças que trabalham para a diferenciação urbana. Mas, para agarrar essas oportunidades temos que defrontar as forças que criam cidades como ambientes estranhos, que impulsionam a urbanização em direções estranhas a novos propósitos individuais ou coletivos. (HARVEY, 1980, p. 270).

A partir de tais ideias, que se consideram essenciais para discutir o *direito à cidade sustentável* no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a compreender a trajetória do tema no Brasil.

3 Brasil: o ideário da justiça social no meio urbano. O Movimento Nacional pela Reforma Urbana, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade⁶

A ideia sobre a efetivação da justiça social no meio urbano remonta à década de 1960, quando, no governo do presidente João Goulart, foi elaborado o Projeto de Reforma Urbana, abortado com a instalação do regime militar no País no período de 1964 a 1985, que impediu qualquer discussão pública desse projeto emancipatório.

A recomposição do campo da Reforma Urbana ocorreu a partir da perspectiva da elaboração da nova Constituição, em meados dos anos 1980, ao término do governo do general João Batista Figueiredo, com a eleição do primeiro presidente civil desde o Golpe de 1964.

A concepção progressista da Reforma Urbana amadureceu entre meados e o fim da década de 1980, condição propiciada

⁶ Grande parte da análise ora realizada é encontrada no livro **Meio Ambiente e Moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. Curitiba: Juruá, 2012, desta autora.

pela constituição do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, esta compreendida como:

[...] conjunto articulado de políticas públicas, de caráter redistributivista e universalista, voltado para o atendimento do seguinte objetivo primário: reduzir os níveis de injustiça social no meio urbano e promover uma maior democratização do planejamento e da gestão das cidades (SOUZA, 2006, p. 158).

Tendo sua agenda centrada no fortalecimento da regulação pública do solo, fundamentada nos princípios da função social da propriedade, na gestão democrática da cidade e na inversão de prioridades no que tange à política de investimentos urbanos visando favorecer as necessidades sociais da população mais pobre da cidade (SANTOS JÚNIOR, 1995), a partir da percepção da lógica perversa de produção e apropriação privada do solo urbano, o Movimento Nacional pela Reforma Urbana passou a ser o referencial da condução da questão urbana sob uma perspectiva crítica e transformadora.

Esse Movimento deu origem ao Fórum Nacional da Reforma Urbana (FNRU), importante grupo de atores composto de intelectuais ligados à temática urbana, urbanistas, advogados, professores universitários, estudantes e lideranças de movimentos sociais, com presença em várias partes do País, dando origem “a um novo sujeito coletivo, mais plural e heterogêneo que a maioria das organizações sociais até então existente” (SANTOS JÚNIOR, 2008a, p. 146).

No contexto da elaboração da Constituição de 1988, cujos trabalhos ocorreram no período entre 1986 a 1988, o Movimento Nacional pela Reforma Urbana teve um papel fundamental ao apresentar proposição de Emenda Popular com mais de 130 mil assinaturas pleiteando a introdução de um capítulo sobre Política Urbana. Tal proposição foi parcialmente aproveitada pela Assembleia Nacional Constituinte, originando os artigos 182 e 183 da Carta Maior, que constituem o Capítulo da Política Urbana.

Ressalta-se que, em seu artigo 182, a Constituição Federal considera as funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar

dos habitantes como objetivos da política de desenvolvimento urbano.

Ainda que não tenha acolhido integralmente o que propunha aquela Emenda Popular, a instituição de um capítulo específico no Texto Constitucional para a “Política Urbana”⁷ foi considerado um enorme avanço, aliado à expressa referência ao “direito urbanístico” (art. 24, I), à imposição da responsabilidade compartilhada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX), e à vinculação do direito de propriedade à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII).

Merece destaque o fato de que, logo no início de seu texto (art. 1º, III), a Carta Magna de 1988 estabeleceu que a dignidade da pessoa humana (valor sobre o qual se assentam os direitos humanos fundamentais) constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em seguida (no art. 3º), a Constituição definiu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ora transcritos: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem-estar de todos, excluída qualquer forma de discriminação.

Coube ao Estatuto da Cidade, que entrou em vigor em 10 de julho de 2001 (Lei Federal nº 10.257), regulamentando o capítulo constitucional da Política Urbana, instituir um importante arsenal normativo capaz de municiar a Reforma Urbana em muitos de seus propósitos, especialmente na implementação de políticas focadas na redução da desigualdade social (nas quais o acesso à terra urbanizada e bem localizada para a produção de política habitacional constitui elemento essencial) e na construção democrática das cidades.

Estabelecendo um regramento abrangente para a cidade, incorporando a questão ambiental, o Estatuto “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da

⁷ Com as importantes disposições ali contidas, incluindo instrumentos urbanísticos, como parcelamento, edificação e utilização compulsórios, o IPTU Progressivo no Tempo e a desapropriação com títulos da dívida pública, além da usucapião especial urbana e da concessão de uso especial.

propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (parágrafo único do seu art. 1º) e propõe como objetivo da Política Urbana “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (art. 2º, *caput*).

Tal assertiva logo se comprova ao se entrar em contato com as diretrizes gerais da Política Urbana (art. 2º), que estabelecem a garantia do *direito a cidades sustentáveis*; a gestão democrática; a integração de políticas públicas, privadas e sociais, visando o interesse social; o planejamento do desenvolvimento das cidades de modo a “evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente” (Lei nº 10.257, resumo do art. 2º); a oferta de equipamentos urbanos e comunitários, serviços públicos e de transporte de qualidade; e a ordenação e controle do uso do solo, visando principalmente que a propriedade cumpra sua função social.

Observando-se o conteúdo do referido artigo, vê-se que a articulação das temáticas ambiental e social no meio urbano (compatibilizando a “Agenda Verde”⁸ e a “Agenda Marrom”⁹), não expressamente disciplinada pela Constituição de 1988, foi amplamente considerada no Estatuto da Cidade, que disponibiliza elementos essenciais de articulação, como a função social da cidade, a função social da propriedade (em sua acepção socioambiental) e o *direito à cidade sustentável*.

Assim ocorreu, vez que durante a construção do Estatuto da Cidade aprofundou-se a problemática socioambiental nas cidades brasileiras, resultado de um modelo econômico que primou pelas reformas estruturais de caráter neoliberal, tendo início no governo Collor de Melo (1989) e consolidando-se nos dois períodos sucessivos de governo de Fernando Henrique Cardoso (1995/1998 e 1999/2002).

No contexto de um novo paradigma nascido a partir da Constituição de 1988, denominado, conforme Santos Júnior, de cidade-direito, “que tem se caracterizado pela construção de diagnósticos críticos da questão urbana brasileira e pela proposição de estratégias de um projeto alternativo de cidade” (SAN-

⁸ Como também foi denominada a Agenda 21, aprovada na Conferência do Rio (1992).

⁹ Denominação atribuída à Agenda Habitat, aprovada na Conferência de Istambul (1996).

TOS JÚNIOR, 2008a, p. 146), foi criado, no âmbito federal, o Ministério das Cidades (2003) e o Conselho Nacional de Cidades (2004), voltados a colocar em prática no Brasil um novo projeto de cidade, na qual a sustentabilidade e a gestão democrática fossem elementos centrais.

Registra-se, entretanto, que, a partir de 2005, quando o então presidente Lula precisou ampliar sua base no Congresso após a crise do mensalão, e trocou o comando do Ministério das Cidades (substituindo o Ministro Olívio Dutra¹⁰), essa Pasta, criada (sob o paradigma da Reforma Urbana) com o objetivo de exercer papel coordenador do Governo Federal na formulação de políticas urbanas para melhorar a distribuição dos recursos aos municípios, teve seus objetivos limitados pela ausência de uma estratégia para as cidades, como analisa o professor Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro (RODRIGUES, 2014), passando a se colocar, essencialmente, como o órgão federal viabilizador de grandes obras urbanas, como aquelas integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), especialmente em decorrência da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, e do Programa Minha Casa Minha Vida.

Contudo, permeando todo esse contexto destaca-se o *direito à cidade sustentável*, positivado no sistema jurídico brasileiro por meio do Estatuto da Cidade, em seu art. 2º (inciso I), e compreendido como “direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”. Destaca-se que o mesmo Estatuto estabelece que a Política Urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Criado está um novo direito no ordenamento jurídico brasileiro que, nos termos contidos na definição legal, reúne direitos fundamentais (como moradia, trabalho, lazer e outros) aliados a importantes condições para a garantia do bem-estar dos habitantes das cidades, tendo como base aquelas normas básicas e fundamentais contidas na Constituição Federal.

¹⁰ Ex-prefeito de Porto Alegre e ex-governador do Rio Grande do Sul Olívio Dutra (PT), escalado como o primeiro Ministro das Cidades.

Nos termos postos por Cavalazzi, a *cidade sustentável* seria aquela onde se concretiza a compatibilização dos princípios de justiça distributiva com o equilíbrio das relações de todos os atores sociais, implicando o “desenvolvimento econômico compatível com a preservação ambiental e a qualidade de vida dos habitantes; em uma palavra, equidade” (CAVALAZZI, 2007, p. 69).

Considerando-se a abrangência do *direito a cidades sustentáveis*, de modo a albergar outros tantos direitos referentes à qualidade de vida nas cidades, pode-se dizer que as normas destinadas a implementar, em todos os níveis da Federação, políticas públicas referentes à moradia e terra urbana, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, e ao trabalho e lazer, constituem, no ordenamento jurídico brasileiro, instrumentos viabilizadores da efetivação daquele direito.

Merece destaque o fato de que todo esse ideário, inicialmente posto na Constituição de 1988 e, após, no Estatuto da Cidade, teve um forte rebatimento nas constituições estaduais e leis orgânicas municipais editadas a partir de 1988, assim como nos planos diretores e leis de caráter local ou estadual, resultando em muitos avanços na produção normativa referente ao acesso ao *direito à cidade* (ainda que pontualmente) (SANTOS JÚNIOR, 2008). Importante destacar a campanha do Plano Diretor Participativo lançada pelo Ministério das Cidades, no ano de 2005, com o apoio do Conselho de Cidades, na qual se evidenciou um forte enfoque integrado das temáticas social e ambiental urbana, nos termos postos no Estatuto da Cidade.

Como consequência, muitas cidades brasileiras elaboraram seus Planos Diretores com fundamento nesse novo paradigma, estabelecendo, ao menos em nível normativo, importantes instrumentos para o tratamento da questão urbana (com destaque à democratização do acesso à terra e aos direitos urbanos).

No âmbito nacional, a partir de 2005 foram elaboradas várias políticas destinadas a garantir a efetivação de direitos urbanos, destacando-se as seguintes: Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005 (Política Nacional de Interesse Social); Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana); Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (Política Nacional de Saneamento Básico); Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 (Política Na-

cional sobre Mudanças Climáticas); e Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos). No campo da moradia foi instituído o Programa Minha Casa Minha Vida (por meio da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009) que, embora não tenha se apresentado como solução para garantia de moradia digna e adequada para uma grande parcela da população de baixa renda, apresenta como mérito um amplo regramento do instrumento da regularização fundiária.

No campo da participação social na elaboração da Política Urbana registra-se, até o momento, a realização de cinco Conferências Nacionais das Cidades (2003, 2005, 2007, 2010 e 2013), com os seguintes temas e lemas:

1ª Cidade para todos: Construindo uma política democrática e integrada para as cidades;

2ª Construindo uma política nacional de desenvolvimento urbano: Reforma Urbana: cidade para todos;

3ª Desenvolvimento Urbano com Participação Popular: avançando na Gestão Democrática das Cidades;

4ª Cidades para todos e todas com gestão democrática, participativa e controle social: avanços, dificuldades e desafios na implementação da Política de Desenvolvimento Urbano; e

5ª Quem muda a cidade somos nós: Reforma Urbana Já.

Todas essas Conferências Nacionais possuem eventos preparatórios (também em formato de Conferência) nos níveis estadual e municipal. Diante desse cenário, parafraseia-se Ermínia Maricato (2013) na constatação de que “nunca fomos tão participativos”!

Recentemente, após vários anos de discussão, foi aprovado o Estatuto das Metrôpoles (Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015), voltado a enfrentar os diversos problemas comuns que envolvem as regiões metropolitanas, mediante o estabelecimento de

[...] diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para

o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano (art. 1º).

Explicitado todo esse quadro normativo, que qualifica o ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à disciplina legal da cidade e do urbano, é importante verificar o debate sobre o *direito à cidade* no âmbito internacional.

4 O debate internacional sobre o direito à cidade e a Carta Mundial sobre o Direito à Cidade

A experiência brasileira de buscar o reconhecimento institucional do *direito à cidade*, a partir de uma ação política em defesa da implantação da plataforma da Reforma Urbana, contribuiu para que a luta pelo direito à cidade fosse introduzida, gradativamente, nos Fóruns Internacionais Urbanos e na pauta dos processos globais voltados a tratar dos assentamentos humanos.

Nesse sentido, cabe destacar o Tratado sobre a questão urbana, denominado *Por Cidades, Vilas e Povoados, Justos, Democráticos e Sustentáveis*, elaborado na *Conferência da Sociedade Civil Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, durante a ECO-92, e a *2ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos - Habitat II*.

Naquele Tratado o *direito à cidade* é concebido como

[...] direito à cidadania (direito dos habitantes das cidades e povoados a participarem na condução de seus destinos); incluindo o direito à terra, aos meios de subsistência, à moradia, ao saneamento, à saúde, à educação, ao transporte público, à alimentação, ao trabalho, ao lazer, à informação; o direito à liberdade de organização; o respeito às minorias e à pluralidade étnica, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e o reconhecimento de sua plena cidadania; a preservação da herança histórica e cultural e o usufruto de um espaço culturalmente rico e diversificado, sem distinções de gênero, nação, raça, linguagem e crenças (SAULE JÚNIOR, 2005)

O mesmo documento também compreende, segundo Saule Júnior (2005), a gestão democrática da cidade, como a forma de planejar, produzir, operar e governar as cidades e povoados, submetida ao controle e participação da sociedade civil, destacando-se como prioritários o fortalecimento e autonomia dos poderes públicos locais e a participação popular.

Importante considerar que, no referido Tratado, a função social da cidade (que no Brasil passou a ser princípio constitucional da Política Urbana) pressupõe o uso socialmente justo do espaço urbano para que os cidadãos se apropriem do território, democratizando seus espaços de poder, de produção e de cultura, dentro de parâmetros de justiça social e da criação de condições ambientalmente sustentáveis (SAULE JÚNIOR, 2005).

A ideia de internacionalização do *direito à cidade* foi objeto das discussões travadas no Fórum Social Mundial¹¹, no ano de 2001, onde foi lançada a proposta de elaboração de uma *Carta Mundial pelo Direito à Cidade*¹². O principal objetivo do processo de construção dessa Carta Mundial¹³ é disseminar a concepção do *direito à cidade* como um novo direito humano¹⁴, com base numa plataforma de reforma urbana para ser implementada pelos países, visando modificar a realidade urbana mundial mediante a construção de cidades justas, humanas, democráticas e sustentáveis.

¹¹ O Fórum Social Mundial surgiu, em 2001, como contraponto ao Fórum Econômico Mundial de Davos, na Suíça, que há mais de 20 anos reúne os representantes dos países mais ricos do mundo com o objetivo de discutir os rumos do capitalismo e reafirmar o modelo econômico liberal. O Fórum Social Mundial constitui-se num “espaço de debate democrático de ideias, aprofundamento da reflexão, formulação de propostas, troca de experiências e articulação de movimentos sociais, redes, ONGs e outras organizações da sociedade civil que se opõem ao neoliberalismo e ao domínio do mundo pelo capital e por qualquer forma de imperialismo. Após o primeiro encontro mundial, realizado em 2001, se configurou como um processo mundial permanente de busca e construção de alternativas às políticas neoliberais” (FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, 2001).

¹² A primeira versão da Carta teve como subsídios a *Carta Européia dos Direitos Humanos na Cidade*, elaborada pelo Fórum de Autoridades Locais, em Saint Dennis, em maio de 2000, e o *Tratado Por Cidades, Vilas e Povoados, Justos, Democráticos e Sustentáveis*.

¹³ Discutida no Fórum Social das Américas (Quito-2004), Fórum Mundial Urbano (Barcelona-2004) e Fórum Social Mundial (Porto Alegre-2005).

¹⁴ Associado ao reconhecimento institucional desse pretendido novo direito humano, nos organismos das Nações Unidas (como a *Agência Habitat*, PNUD, Comissão de Direitos Humanos), bem como nos organismos regionais (como a Organização dos Estados Americanos).

No V Fórum Social Mundial (Porto Alegre – 2005) foi aprovada uma última versão da *Carta Mundial pelo Direito à Cidade*¹⁵ na qual, pode-se dizer, estão contidas prescrições fundamentais quanto ao *direito à cidade* nessa nova perspectiva¹⁶.

Em sua primeira parte (que prescreve disposições gerais), aquela Carta Mundial apresenta a compreensão do *direito à cidade* e seus princípios fundamentais e estratégicos, quais sejam: exercício pleno da cidadania e gestão democrática da cidade; função social da cidade e da propriedade; igualdade e não discriminação; proteção especial de grupos e pessoas vulneráveis; compromisso social do setor privado; e impulso à economia solidária e a políticas impositivas e progressivas.

Na segunda parte de seu texto, de forma bastante democrática, a Carta expõe os “direitos relativos ao exercício da cidadania e da participação no planejamento, produção e gestão da cidade”, dispondo sobre o planejamento e gestão das cidades; a produção social do *habitat*; o desenvolvimento urbano equitativo e sustentável; o direito à informação pública, à liberdade e à integridade, à participação política; o direito à associação, reunião, manifestação e uso democrático do espaço público urbano; o direito à justiça, à segurança pública e à convivência pacífica solidária e multicultural.

Na terceira parte, cuidou a Carta de tratar do direito ao desenvolvimento econômico, social, cultural e ambiental das cidades, dispondo, dentre outros, sobre o direito à água, à moradia e ao meio ambiente.

Por fim, a Carta dispõe sobre as obrigações e responsabilidades do Estado na promoção, proteção e implementação do *direito à cidade*, sobre as medidas de implementação e supervisão do *direito à cidade*, sobre as formas de lesão do *direito à cidade*, assim como de sua exigibilidade, para concluir com os compromissos provenientes do documento, no que se refere às redes e organizações sociais, aos governos nacionais e locais e aos organismos internacionais.

¹⁵ O texto da Carta pode ser encontrado em vários sites que tratam da questão urbana, dentre os quais se destaca o seguinte: <http://www.conferencia.cidades.pr.gov.br/download/documentos/carta_mundial_direito_cidade.pdf>.

¹⁶ Importante nesse tema é a análise de Saule Júnior (2005).

Da leitura das disposições contidas naquele documento, constata-se sua tendência a se tornar uma cartilha a ser seguida no caminho da construção, em caráter mundial, de cidades justas, humanas, democráticas e sustentáveis, confirmando a ideia do *direito à cidade* como o direito à participação no planejamento, produção e gestão da cidade; em outras palavras: o *direito à produção e fruição do habitat* – na concepção de Henri Lefebvre (2008) – e o *poder da sociedade sobre a formulação dos processos coletivos de urbanização* – nos termos postos por David Harvey (2004, 2009).

Isso posto, necessário se faz colocar em pauta algumas constatações que revelam o deficit de implementação do *direito à cidade* nas cidades brasileiras.

5 Considerações finais: apontamentos para o enfrentamento do descompasso direito às cidades sustentáveis versus deficit de implementação

Partindo desse forte arsenal de normas jurídicas que amparam o *direito à cidade* e o *direito à cidade sustentável*, que tem em sua essência o *direito à produção e fruição coletiva* do espaço social, ciente da lógica mercadológica que, em grande medida, guia a atuação do Poder Público sobre os espaços urbanos e visualizando o cenário atual das cidades brasileiras, onde fica evidente que “distribuição de renda não resolve a injustiça urbana” (MARICATO, 2013), propõe-se aqui a contribuir com algumas ideias voltadas à construção de caminhos para o enfrentamento do descompasso pontuado.

Diante da inevitável percepção de que a questão urbana e a participação popular na gestão das cidades não se incorporaram aos debates da classe política e da sociedade em geral, é imprescindível pontuar, em um primeiro momento, a urgente necessidade de se enfrentar o *analfabetismo urbanístico* (valendo-se de expressão comumente utilizada por Ermínia Maricato) que assola a população brasileira (inclusive a classe política e jurídica). Impressiona que, após 14 anos da vigência do Estatuto da Cidade¹⁷ e diante de todo um debate internacional sobre o *direito à cidade*,

¹⁷ E todo o arsenal de princípios, regras e instrumentos que o mesmo comporta, na direção de enfrentar o quadro de insustentabilidade urbana posto nas cidades brasileiras.

esse novo direito (e os direitos urbanos que o mesmo reúne) não tenha sido assimilado pela sociedade em geral, gestores, legisladores e operadores do Direito.

Tal constatação se revela, por exemplo, ao se observar a falta de discussão sobre a questão urbana no debate político eleitoral, tomando-se como exemplo as eleições ocorridas no ano de 2014, especialmente para o cargo de Presidente da República, e, mais recentemente, as grandes manifestações de rua ocorridas em todo o País em 2013 e 2015. Por outro lado, não se pode omitir alguns exemplos opostos, nos quais, cientes de seu *direito à produção e fruição dos espaços urbanos*, comunidades assumiram um papel protagonista em face de empreendimentos e iniciativas públicas consideradas ilegais e ilegítimas, como no movimento Ocupe Estelita (Recife)¹⁸ e nas ações promovidas pelos Comitês Populares nas cidades-sedes da *Copa do Mundo da Fifa 2014* realizada no Brasil¹⁹.

Nesse caminho, coloca-se a ideia da construção de um Urbanismo Popular, tema que, perpassando as áreas de conhecimento inter-relacionadas com a cidade e o urbano, tenha como essência a facilitação da compreensão das questões urbanas (e normas correlatas) por parte da população em geral. É preciso que as pessoas tenham a clara compreensão quanto à relação dos problemas que enfrentam em sua vida cotidiana na cidade com a legislação existente, sua alteração e sua implementação (ou a

¹⁸ Movimento popular organizado em face do Projeto Novo Recife, empreendimento imobiliário (que prevê a construção de 12 edifícios com até 40 andares) do Consórcio Novo Recife (formado pelas construtoras Moura Dubeux, Queiroz Galvão, G.L. Empreendimentos e Ara Empreendimentos) em uma área de 10 hectares (o Cais José Estelita, na bacia do Pina, no centro da cidade). O vídeo “Recife, cidade roubada”, elaborado pelo Movimento Ocupe Estelita, apresenta bem o caso.

¹⁹ Em razão de fatos ocorridos nas cidades-sede para viabilizar as obras e ações desse megaevento esportivo (como remoções de famílias para realização de obras; repressão a ambulantes, trabalhadores informais e população de rua; endividamento público; violação de direitos de crianças e adolescentes; falta de transparência e acesso à informação; dentre outros), a partir de 2010, foram formados Comitês Populares em cada cidade-sede, integrantes da Articulação Nacional dos Comitês Populares da Copa (Ancop), que passaram a realizar ações de enfrentamento a violações de direitos humanos. Informações sobre a matéria podem ser encontradas em http://www.portal.populardacopa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=382&Itemid=288. Registra-se que, em Natal, as ações do Comitê Popular obtiveram importantes resultados, entre os quais se destaca a modificação de projeto viário que previa a desapropriação e remoção de um grande número de famílias (denominado Corredor Estrutural Oeste) e a não realização, também de projeto viário, com fortes impactos ambientais, econômicos e sociais (popularmente conhecido como Projeto da Roberto Freire).

omissão do Poder Público nessa tarefa). Por exemplo, é essencial que se compreenda que o aumento do coeficiente de construção (o “quanto” se pode construir) em determinada área da cidade, pode significar problemas de engarrafamento no trânsito, de extravasamento de esgotos, de falta de água ou de energia se a área não tiver a infraestrutura necessária para comportar essa sobrecarga. Que existem meios legais para obrigar o proprietário de terrenos vazios (que podem trazer problemas à comunidade vizinha) a dar o devido uso à área, e que a omissão do mesmo poderá levar à desapropriação do imóvel e sua utilização em prol de projetos públicos voltados à comunidade. Ou, ainda, que a implementação de alguns projetos públicos ou privados, sem a realização de estudos legalmente obrigatórios (de impacto ambiental ou de impacto de vizinhança, por exemplo), pode causar danos ambientais e sociais irreversíveis. Nesse contexto, a discussão (em linguagem acessível, clara e simples) dos orçamentos e prioridades de investimentos públicos na efetivação dos direitos urbanos se coloca como aspecto central.

Além da participação da sociedade nos órgãos de controle social e nos orçamentos participativos (embora muitas vezes, em ambos os casos, fragilizada por questões de legitimidade), a criação de assessorias técnicas voltadas à popularização do conhecimento sobre as questões e direitos urbanos (especialmente, por parte da Arquitetura e Urbanismo e do Direito), no âmbito das instituições de ensino e dos Poderes Públicos, se coloca como importante iniciativa no sentido da construção de um Urbanismo Popular. Nesse mesmo caminho ainda se inserem as organizações e os movimentos sociais voltados à defesa dos direitos urbanos (que têm sua expressão maior no *direito à cidade*)²⁰.

Nessa análise se suscita a compreensão da *função social das profissões*, que, notadamente no âmbito das instituições públicas de ensino, deveria ser posta como princípio a guiar, especialmente, as atividades e projetos de extensão²¹.

²⁰ Como exemplo dessa contribuição social citam-se a produção do documento intitulado Carta de Natal, a partir do Seminário “Desenvolvimento Local e Direito à Cidade”, organizado, em 2015, pelo Centro Pastoral de Nossa Senhora da Conceição (Mãe Luiza), movimentos sociais organizados da cidade, moradores e entidades de bairros comprometidos com as lutas sociais coletivas.

²¹ Essa visão já é encontrada no Programa Motyrum de Educação Popular em Direitos Humanos – Núcleo Urbano, Projeto de Extensão realizado no âmbito da UFRN.

No âmbito do Poder Executivo, é imperioso que seja dada a devida atenção e importância a um planejamento urbano permanente e de longo prazo (como Política de Estado, e não, de Governo), com a implementação de uma estrutura de gestão que possibilite a efetivação das normas (regras e princípios) e instrumentos contidos nos Planos Diretores e outras leis de uso e ocupação do solo. Nesse sentido, a Política Urbana, que deve ser executada pelos municípios segundo comando constitucional, tem que ser capaz de enfrentar as urgentes questões urbanas (visando, em sua essência, reduzir os níveis de injustiça social no meio urbano), não ficando sob o âmbito da discricionariedade da Gestão local, cujos objetivos de Governo se alteram a cada quatro anos.

É preciso que a Gestão Pública tenha a capacidade e determinação de implementar os instrumentos urbanísticos, postos na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Cidade e nos Planos Diretores, voltados a fazer com que as propriedades cumpram sua função social, como determinado pela Constituição Federal de 1988. Diante de um grande número de imóveis urbanos não utilizados ou subutilizados, por exemplo, é cogente e urgente que as Administrações municipais deem efetividade aos instrumentos do parcelamento, edificação e utilização compulsórios, IPTU Progressivo no Tempo e desapropriação-sanção.

Por outro lado, considerando os investimentos públicos que ocorrem em determinadas áreas da cidade e valorizam os imóveis ali situados, é obrigatória (nos termos postos no art. 2º, incisos IX e XI, do Estatuto da Cidade) a recuperação das mais valias urbanas a fim de beneficiar outras áreas da cidade ainda sem infraestrutura e aquelas voltadas a garantir moradia digna à população de baixa renda. Para tanto, o Estatuto da Cidade fornece os instrumentos da outorga onerosa do direito de construir e da alteração de uso (quando se transforma uma área rural em urbana, por exemplo) e resgata a importância do instituto tributário da contribuição de melhoria, cuja implementação é pífia na esmagadora maioria das cidades brasileiras. A isso se acresce o fato de que, muitas vezes, os valores obtidos da aplicação do instrumento da outorga onerosa do direito de construir, por exemplo, não são direcionados aos Fundos de Urbanização, instrumentos financeiros voltados a gerir as mais valias urbanas em prol de projetos que beneficiem áreas mais carentes das cida-

des (do ponto de vista social e de infraestrutura urbana). Diante dessa realidade, cabe à população provocar a devida atuação dos Poderes Públicos.

Nesse cenário, destaca-se que o *direito à cidade sustentável* pressupõe o *direito ao planejamento urbano*²², que constitui obrigação/dever inarredável do gestor público e que, portanto, deve ser objeto de amplo controle social. Nesse sentido, os segmentos da sociedade devem buscar os espaços de participação existentes (órgãos colegiados de política urbana, que devem estar em funcionamento e constituídos legal e legitimamente; a realização de audiências ou consultas públicas e conferências; tudo conforme prevê o art. 43 do Estatuto da Cidade), de modo a contribuir diretamente tanto na construção coletiva das Políticas Urbana e políticas setoriais como na sua implementação e acompanhamento, o que vem efetivar o *princípio democrático* e da *participação (gestão democrática da cidade)* (DUARTE, 2012). Por outro lado, impõe-se ao Poder Público o *dever correlato de consideração das manifestações e proposições populares* (DUARTE, 2012), de modo que a participação da sociedade no planejamento e gestão urbana não seja considerada apenas uma formalidade, mas uma atuação efetiva que lhe possibilite exercer o seu *direito à produção dos espaços sociais*.

Outro aspecto que merece enorme atenção nesse debate (pela total correlação com a matéria em pauta) é a questão do financiamento privado das campanhas políticas, vez que, como é de conhecimento público, muitos legisladores e agentes políticos (do Poder Executivo) se elegem com grande apoio financeiro de empresas (geralmente empreiteiras de obras públicas, empresas de lixo e de transportes) que, após a eleição daqueles que apoiaram, buscam recuperar o “investimento” realizado.

Ainda com relação à eleição de membros do Legislativo e do Executivo, é essencial que seus aspirantes tenham, perante a sociedade, um claro e objetivo posicionamento sobre as questões urbanas e as normas e direitos relacionados, o que deverá servir a uma posterior cobrança por parte dos eleitores (alfabetizados urbanisticamente), titulares do *direito à cidade sustentável* e dos direitos urbanos nele contidos.

²² Que alberga o direito fundamental à boa administração (FREITAS, 2007) e o direito à continuidade das políticas públicas (FERNANDES; DOLABELA, 2009).

No âmbito do Judiciário, e da formação dos profissionais do Direito que irão aplicar as normas jurídicas que amparam o *direito à cidade sustentável*, urge uma específica formação. Sendo o Direito Urbanístico um recente ramo jurídico que não constitui disciplina obrigatória nos cursos de Direito, é urgente e necessário, por parte dos operadores jurídicos, o conhecimento das regras, princípios e instrumentos voltados a garantir que a propriedade e a cidade cumpram sua função social, e que seja garantido a todos, incluindo as presentes e futuras gerações (como expressamente prescreve o Estatuto da Cidade, em seu art. 2º, inc. I), o *direito a cidades sustentáveis*.

Ciente de que longo é o caminho a ser percorrido e grandes são os obstáculos a serem enfrentados, entende-se que o mérito de todos aqueles que saíram do analfabetismo urbanístico é ganhar novos parceiros na busca pelo *direito à produção e fruição dos espaços urbanos* de modo a possibilitar que a sociedade, mediante seus diversos grupos sociais, exerça seu legítimo *poder sobre a formulação dos processos coletivos de urbanização*.

Referências

CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. O estatuto epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZATO, Luigi. (Org.). **Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 35-51.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio ambiente e moradia: direitos fundamentais e espaços especiais na cidade**. Juruá: Curitiba. 2012.

FERNANDES, Edésio; DOLABELA, Helena. Direito à continuidade das políticas públicas. **Fórum de direito urbano e ambiental**, ano 8, n. 48, p. 36-42, nov./dez. 2009.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. **Carta de Princípios**. Memória SFM, 2001. Disponível em: <<http://memoriafsm.org/page/carta>>. Acesso em: 18 jul. 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HARVEY, David. Alternativas ao neoliberalismo e o Direito à Cidade (Conferência Inaugural). In: Seminário lutas pela reforma urbana: o direito à cidade como alternativa ao neoliberalismo, Belém, PA, 2009. **Anais...** Belém, PA: Fórum Social Mundial, 2009.

_____. **Entrevista Clarín**, 21.10.2006, Suplemento Revista.

_____. **Espaços de Esperança**. Trad. de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **A Justiça Social e a Cidade**. Prefácio e Trad. de Armando Corrêa da Silva. São Paulo: Hucitec, 1980.

LEFEBVRE, Henri. **Espaço e Política**. Trad. de Margarida Maria Andrade e Sérgio Martins. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

MARICATO, Ermínia. **Cidades no Brasil: Sair da perplexidade e passar a ação!** Aula inaugural da Pós-Graduação Arquitetura e Urbanismo na UFSC-201. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GPcrGAX_Dj4>. Acesso em: 6 ago. 2015.

RODRIGUES, Alexandre. Com dificuldades de responder a demandas, Ministério das Cidades atrapalha Dilma: Pasta foi esvaziada ao ser entregue ao PP e perdeu força. **O Globo**, 2 ago. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/com-dificuldades-de-responder-demandas-ministerio-das-cidades-atrapalha-dilma-13474201#ixzz3Y9cXcdXN>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves. Reforma Urbana: desafios para o planejamento como práxis transformadora. In: COSTA, Geraldo Magela; MENDONÇA, Jupira Gomes de (Org.). **Planejamento Urbano no Brasil: trajetória, avanços e perspectivas**. Belo Horizonte: C/Arte, 2008a. p.136-155.

_____. O Direito à Cidade como resposta estratégica à exclusão social e à segregação espacial. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, ano IV, n. 20, p. 7-43, out./nov., 2008b.

_____. **Reforma Urbana:** por um novo modelo de planejamento e gestão das cidades. Rio de Janeiro: FASE, UFRJ-IPPUR, 1995.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **O Direito à Cidade como paradigma da governança urbana democrática.** 2005. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/750/750.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2008.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade:** uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

**A IRRACIONALIDADE NA POLÍTICA
E O LIMIAR DO ESTADO DE NATUREZA:
REPERCUSSÕES SOBRE A COMPREENSÃO DA
POLÍTICA ECONÔMICA NOS QUADRANTES
DO ESTADO DE DIREITO**

**IRRATIONALITY IN POLITICS AND THE
NATURE OF THE STATE THRESHOLD:
REPERCUSSIONS ON THE ECONOMIC
POLICY UNDERSTANDING IN THE STATE
OF LAW RULES**

Ricardo Antonio Lucas Camargo

Professor Adjunto da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP).
E-mail: ricardocamargo3@hotmail.com

Sumário: 1 Introdução; 2 As origens da política e o retorno dos debates sobre as noções de “amigo” e “inimigo”; 3 As crises econômicas e o retorno ao estado de natureza; 4 Política econômica nos quadrantes do Estado de Direito; 5 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Policy origins and the return of discussions on “friend” and “enemy” notions; 3 Economic crisis and the return to the state of nature; 4 Economic policy in State of Law quadrants; 5 Final considerations; References.

Resumo: Discute-se neste texto, renovando-se debate travado no início do século XX, o papel indeclinável do Direito diante das explosões de irracionalidade política no contexto das crises econômicas. Retomam-se alguns conceitos básicos, atualmente esquecidos, e aplica-se o método dedutivo para analisar os caminhos racionais para a compreensão e a solução jurídica dessas questões.

Palavras-chave: Estado de Direito. Crise econômica. Direito Econômico.

Abstract: One argues, in this essay, bringing back debate emerged in the beginning of 20th century, the unavoidable role of Law in front of political irrationality blowing up in the context of economic crisis. Some fundamental concepts, nowadays forgotten, are retaken and deductive method is applied in order to analyze rational ways for legal understanding and solving such questions.

Keywords: State of Law. Economic crisis. Economic Law.

1 Introdução

Todas as vezes em que problemas se abatem sobre um grupo social é comum a busca de “culpados pela desgraça”, a serem devidamente castigados, pois se crê que assim todos os problemas se resolverão.

Essa busca de culpados, no âmbito da política, torna-se mais problemática, uma vez que envolve precisamente os elementos que coesionam os indivíduos que convivem em um determinado território.

Entretanto, quando se parte para a simples identificação dos “culpados pela desgraça” e considera-se o castigo a eles estipulado uma meta em si mesma, torna-se absolutamente secundária a existência do problema e, *ipso facto*, sua respectiva solução.

Nesse momento, quando a compreensão do problema deixa de ser mais importante que usá-lo como pretexto para a destruição do “culpado”, sem que se busque a respectiva solução, o que se tem, na realidade, é a introdução do elemento “irracional”, o que, desde logo, aponta para a necessidade de se compreender alguns dos termos dessa equação.

A necessidade de se tratar o tema com racionalidade não constitui nenhum capricho ou puro deleite intelectual: ela se põe considerando-se o dado empírico de que cada qual tem uma noção muito firme do espaço próprio, e somente uma causa exterior faz com que reconheça que o outro pode ser detentor de um espaço, também. Mas se aparecer a chance de reduzir o espaço do outro e aumentar o próprio, ele certamente a aproveitará, as-

sim como o outro também o fará. Isso porque a afirmação de si é considerada negação do outro; a afirmação do outro, por sua vez, constitui negação de si.

O que há de mais árduo no trabalho intelectual é precisamente o desviar aqueles que a ele se dedicam do caminho fácil da catarodoxia, o opinionismo puro e simples.

Platão (PLATÓN, 1949), referência de Santo Agostinho, de Immanuel Kant e, em larga medida, de todos os representantes do idealismo alemão, estabeleceu muito bem a distinção entre a *episteme* e a *doxa*, o conhecimento e a opinião, os dois nortes para o juízo acerca dos fatos que circundam o ente pensante.

Como a opinião tem mais elementos emocionais em sua formação, em que amores e ódios predeterminam a conclusão acerca de qualquer pessoa ou objeto ou situação, segue-se que até mesmo o ignorante tem ideias sobre aquilo que não conhece, apenas percebe, e por vezes rechaça o dado cognitivo que contrarie a opinião que lhe serve de referencial e de certeza diante da vida.

Não foi por acaso que Max Weber (2011) chamou a atenção para o dado de que a honestidade intelectual se deve guiar por estrela diversa da conveniência, seja entendida no sentido de conveniente para a respectiva causa, seja entendida no sentido de inconveniente para esta.

Trata-se de algo excelente de se defender em tese, mas difícilimo de se colocar em prática, dado que cada qual, emocionalmente, está vinculado à respectiva Dama a ser defendida, advertência que, não fosse o clima de sectarismos que se instala atualmente no Brasil, não deveria ser necessária, já que o disparar de adjetivos vinculando qualquer proposição a um “tisme vermelho” tem sido muito comum, prejudicando a compreensão dos temas que se trazem a debate.

A quantos o nome de Jacques Maritain soaria execrável por ter-se colocado contra o Generalíssimo Franco, apontado como campeão da fé católica contra a expansão do diabo vermelho, mesmo que o Papa não o tivesse excomungado (BARS, 1959; MARITAIN, 1947)

Como problema a ser investigado, apresenta-se a intensidade do efeito das crises, principalmente econômicas, no cidadão comum, no sentido de provocar uma sensação de frus-

tração com o efeito colateral da solução própria do Estado de Direito, que é a impossibilidade de, fora da observância da estrita legalidade, punir o indivíduo ou a categoria de indivíduos a que se atribuam as origens das desgraças que se abatem sobre a sociedade.

Como decorrência do problema anterior, investiga-se o abandono de conceitos consolidados inerentes à própria noção de Estado de Direito, como a impessoalidade na aplicação da lei, a condição humana como apta a conferir o status de pessoa a quem a ostente e, portanto, de fim em si, substituindo-os pela identificação do inimigo como fator de aglutinação das frustrações nacionais e do amigo como aquele que tem em comum a necessidade de eliminar o inimigo, e por visões de mundo evidentemente utilitaristas.

Os objetivos do presente texto são os de examinar esses conceitos e verificar, a rigor, se seria mesmo a partir das frustrações geradas pelas crises econômicas, a solução adequada o abandono das concepções inerentes ao Estado de Direito e, *ipso facto*, do próprio Estado de Direito.

Nesse caso, indiquem-se os passos a serem observados.

Em primeiro lugar põe-se, antes da avaliação dos problemas políticos em si mesmos, a razão de ser da política, já que a qualificação da boa ou má gestão tem de ser adequada ao objeto que se esteja a examinar.

Em seguida examinam-se temas específicos relacionados com precedentes de irracionalidade na solução do problema político.

O passo subsequente consiste no tratamento da questão das crises econômicas como pretextos para a instauração de um estado de negação do Direito e, por fim, na compreensão da política econômica nos quadrantes do Estado de Direito como ponto de partida para um debate necessário no momento da identificação das responsabilidades.

O método empregado, tendo em vista justamente a necessidade de se retomar conceitos inexplicavelmente esquecidos, dada a experiência acumulada, no mínimo, ao longo de um século, é o tradicionalmente empregado pela ciência jurídica, isto é, o dedutivo.

2 As origens da política e o retorno dos debates sobre as noções de “amigo” e “inimigo”

O rastreamento da origem da política torna-se, nos tempos atuais, indispensável, tendo em vista haver-se perdido o próprio sentido do que significa o debate de tal tema, rebaixado ao nível de confronto de predisposições emocionais.

Ela se põe, para a maioria dos estudiosos do Estado, na escassez dos bens corpóreos para a satisfação das necessidades de cada indivíduo, de tal sorte que, com todos os males que implicam a existência da coação, ela se torna absolutamente necessária para que não se banalize a razão do mais forte, própria do “estado de natureza” (HOBBS, 1955; SPINOZA, 2013):

Como é difícil contar com a justiça dos homens, o princípio segundo o qual é mais essencial ser temido do que desfrutar de confiança não haveria de ser totalmente falso caso vivêssemos no estado natural em que cada um tem de proteger-se a si mesmo e defender seus direitos imediatamente. Mas no estado civilizado, em que o Estado assumiu a proteção de nossa pessoa e de nossa propriedade, esse princípio não encontra mais qualquer aplicação. (SCHOPENHAUER, 2014, p. 84).

Não é casual que um dos pensadores fundantes do Iluminismo, justamente em razão de sua busca pela prevalência da racionalidade na compreensão e na determinação das ações, tenha assinalado, vivendo num contexto de guerras religiosas, que:

Os povos semi-selvagens de outrora, civilizados aos poucos, e que só sentiam a necessidade de leis quando perturbados pelos crimes e brigas, jamais poderiam ser tão bem disciplinados como os que, desde que se aglomeraram, tiveram a regê-los constituições elaboradas por um prudente legislador. (DESCARTES, 2006, p. 37-38).

No particular, estava ele a secundar proposição de um dos Doutores Canônicos da Igreja Católica, salientando quem poderia, efetivamente, impor validamente direções e restrições

à conduta de quem quer que fosse, sem incidir em cerceios arbitrários:

Como a lei não pode ser feita a não ser pela autoridade pública, assim também o julgamento só pode ser feito pela autoridade pública, que tem poder sobre os membros da comunidade. Portanto, como seria injusto obrigar alguém a observar uma lei não sancionada pela autoridade pública, assim seria igualmente injusto compelir alguém a sujeitar-se a um julgamento proferido por quem não é autoridade pública. (AQUINO, 2005, t. 6, p. 94).

Mesmo para que se realize a atuação livre de cada qual, delimitada pela “liberdade dos outros”, a simples possibilidade de haver direções de vontade contrapostas justifica que existam disposições gerais que balizem a definição dos espaços em que essa liberdade poderá ser exercida, sem perturbações para aquele que a exerce (NOGUEIRA, 1955; ORLANDO, 1954; SILVA, 2013).

Quando os debates políticos conseguem dividir, em termos bem elementares, os campos entre “inimigos” e “amigos”, raramente se vê uma racionalidade que não siga estritamente o critério dos gostos nas bases.

Como observou o principal jurista do Nacional-Socialismo,

[...] o inimigo político [...] é o outro, o desconhecido, e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral, empreendida antecipadamente, nem através de uma sentença de um terceiro “não envolvido” e, destarte, “imparcial”. (SCHIMITT, 2009a, p. 28).

Pelo que se tem visto, a percepção ética média que se manifesta é a de que o problema da repressão às transgressões não é a realização de valores, definindo quais condutas são aceitáveis ou não, mas sim o de que tais e quais indivíduos existem para que, mediante imposição do mal-estar que se lhes faça, seja afirmada

a sacralidade das posições hierárquicas no sistema social vigente, qual testemunhado por Claude Lévi-Strauss (1996) entre os zuni.

Fala-se em proteger os valores ocidentais, os valores da cristandade, da democracia, do liberalismo, a qualquer custo, contra seres que, a despeito da forma humana, de humanos não têm nada e pretendem destruí-los.

Porém, para que se diga que tais valores estão ameaçados, é necessário responder o que são os valores da cristandade, da democracia, do liberalismo, recordando-se que se está, aqui, a trabalhar com categorias genéricas, verdadeiros “tipos ideais”, vez que tanto o cristianismo como a democracia e o liberalismo político, em suas manifestações concretas, vêm a sofrer variações, embora referidos, cada qual, a determinados pontos de partida irremovíveis, essenciais, sem os quais se descaracterizam, porquanto “nada é a tal ponto contingente que não implique alguma necessidade” (AQUINO, 2005, t. 2, p. 549; LEIBNIZ, 1989, p. 36-37; MARITAIN, 1947, p. 48).

Um dos principais traços do cristianismo enquanto “sistema de valores” encontra-se na identificação do dever daquele a quem se confere a autoridade para governar em prol de um interesse que transcenda o seu próprio, consultando, antes, o da coletividade a que se dirige (LIMA, 1930), e da igualdade de todos os seres humanos perante Deus (ARENDDT, 2001; FERREIRA NETO, 2015), de que decorre a percepção da falibilidade de cada ser humano comum diante de Deus e a compreensão do próximo, por conta disso mesmo, como alguém cujo destino pode ser semelhante ao seu:

O julgamento é um ato de justiça, enquanto o juiz conduz à igualdade da justiça aquilo que pode constituir uma desigualdade a ela oposta. Ora, a discriminação de pessoas comporta certa desigualdade, pois atribui a uma pessoa mais do que a devida proporção, na qual consiste a igualdade da justiça. (AQUINO, 2005, t. 6, p. 128).

Essencial à ideia de democracia é a participação dos súditos no exercício do poder, de tal sorte que cada qual terá a possibilidade de trazer os seus valores, dentro dos limites da regra

do jogo, para lograrem realização no meio social (BOBBIO, 2012; FERREIRA FILHO, 2015).

Essencial ao liberalismo político é que a máquina de coação concentrada no Estado seja limitada, somente atuando nos casos e na forma que a lei estabelecer, permitindo, destarte, que todos os súditos atuem de acordo com a respectiva autodeterminação, e que os conflitos de interesse sejam resolvidos por um terceiro não interessado (ÁVILA, 2014; SILVA, A., 2015; SILVA, J., 2013; SOUZA JÚNIOR, 2002), ou, como dito em um clássico, “A autoridade do poder público somente é aceita voluntariamente pelo povo quando é conforme aos princípios do direito positivo.” (LIMA, 1930, p. 136).

Vistas as características gerais dos sistemas de valores que se costuma dizer estarem ameaçados pelas crises, passa-se, na sequência, ao exame do quão relevantes eles se mostram na percepção dos que por elas sejam afetados.

3 As crises econômicas e o retorno ao estado de natureza

As discussões em torno dos “ismos”, para a maior parte da população, são excessivamente abstratas e distantes das preocupações cotidianas: via de regra, cada qual tem problemas imediatos a resolver, antes de preocupar-se com os valores a defender.

O que transcende as necessidades imediatas de um indivíduo pode, inclusive, dizer respeito às necessidades imediatas de outro, e por vezes se entende o porquê de se visualizar um caráter ou supérfluo ou subversivo no próprio noticiar de debates que ultrapassam os limites das relações hierárquicas no seio da sociedade.

Desde que a condução da política econômica logre aceitação por parte significativa da população, o que, em regra, significa assegurar um determinado padrão de consumo, a ela pouco importará, a bem de ver, o caráter mais ou menos “democrático” do regime; já o sabiam os antigos romanos ao porem em prática a política do *panem et circenses* (CAMARGO, 2007; CORREIA, 2012; SOUZA, 2005) que “uma ideia política, em geral, somente é entendida quando se prova ao círculo de pessoas que têm interesse econômico plausível que ela deve trazer alguma vantagem.” (SCHIMITT, 2009b, p. 59).

Costuma-se apontar para o caráter “ordeiro” da postura conservadora, para o tributo que paga à paz social, para o caráter de “desordem”, “tumulto”, inerente à própria sustentação das posturas voltadas a ampliar a participação dos setores que, normalmente, são tidos como menos favorecidos, em todos os sentidos (ADOMEIT, 2000; KIERKEGAARD, 1989; CÍCERO, 1949; RAND, 1970), à base de um pensamento expresso por um dos grandes matemáticos do período barroco: Leibniz (1989, p. 17):

É difícil amar verdadeiramente a Deus quando não se está disposto a querer o que Ele quer, mesmo quando se tivesse o poder de mudar. Com efeito, os que não estão satisfeitos com o que Ele faz parecem-me semelhantes a súbditos descontentes, cuja intenção não é muito diferente da dos rebeldes.

Vale evocar, aqui, a lição de um constitucionalista brasileiro, Professor visitante tanto no Tennessee quanto em Colônia – República Federal da Alemanha -, que, do alto de sua experiência, recorda um dado normalmente esquecido quando se procura estabelecer a ligação entre conservadorismo e tranquilidade, paz:

Não raro são os próprios elementos conservadores e reacionários os arquitetos da crise constitucional quando fomentam, por via indireta, oblíqua e provocativa, o aumento desmedido das postulações sociais, que sabem, de antemão, não podem ser satisfeitos ou despachados pelo Estado, porquanto lhe excedem a capacidade distributiva e diretiva. Determinam, assim, a desestabilização do sistema, abrindo caminho às soluções de força e exceção, cuja maior vítima é sempre a liberdade, a democracia, o Estado de Direito. (BONAVIDES, 2010, p. 359-360).

Muitos anticomunistas ferrenhos, por vezes, veem no contraditório, na ampla defesa, na presunção de inocência, nas garantias, enfim, do processo liberal, verdadeiros entraves à realização da justiça e consideram que a única atitude defensável de qualquer um em que identifiquem um inimigo seria confessar o

que quer que se lhe imputasse e sofrer, sem queixumes ou resistências, o castigo proporcional à gravidade do insulto que a sua simples existência para eles representaria e, caso tivesse família, cabia a essa agradecer por livrar o mundo do ser que a tisonaria, sob pena de ser considerada cúmplice no Mal.

Quanto mais se lê sobre a concepção do processo judicial na República Popular da China e vê os comentários - pela rede social e fora dela -, da parte dos “cidadãos de Bem” que adorariam ver arredada a lei se não garantisse a punição de indesejáveis, na medida do ódio que despertam (GARCIA, 2013; PAGNAN, 2015; SAKAMOTO, 2015; SIMAS FILHO; RODRIGUES, 2000), mais se vê o quanto são inconscientemente apaixonados pela visão maoísta, a despeito de proclamarem-se baluartes dos valores da civilização cristã-ocidental.

Seria interessante que mais alguém indicasse quão cumulativamente cristão, democrático e liberal é sustentar que contra os inimigos tudo o que o ódio desejar tem de ser permitido, que os amigos não podem ser considerados sujeitos a quaisquer deveres, e que os que não sejam nem amigos nem inimigos têm de justificar as respectivas existências, sob pena de serem julgados elementos merecedores de descarte, a despeito da forma humana.

Falou-se em caráter *cumulativo* dos valores que sempre se pretendeu defender como essenciais à civilização. Visando clarificar mais a assertiva em questão, indaga-se se algo como o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 – consistente no aperfeiçoamento realizado pelo professor Luís da Gama e Silva ao instrumento urdido pelas mãos de Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva em 1964 – seria defensável sob tal ponto de vista, o do compromisso com os valores cristãos, democráticos e liberais. Tomando-se em consideração principalmente seu artigo 11, que imunizava os atos com base nele praticados contra controle judicial, pode um bom liberal considerar que a condenação de um antipático ou de alguém que se odeie por se o ter como “agente do mal” tenha lugar sem contraditório, sem ampla defesa e sem prova? Pode um bom democrata distinguir entre os que podem e os que não podem ter reconhecidas em seu prol as prerrogativas inerentes à condição de pessoa? Pode um bom católico desautorizar, em matéria de compreensão da fé, pronunciamen-

tos papais – dentre os quais o que canonizou o homem (Thomas More) que considerou que se a lei estivesse do lado do Demônio, ainda assim deveria ser respeitada – porque eventualmente não tenham a intensidade de “fidelidade à tradição e defesa ingente da fé” que preferiria (AZEVEDO, 2015).

Quando se tem a democracia enquanto valor a ser preservado, vale notar a reflexão de um dos juristas mais atacados e menos lidos do século XX: “A maioria pressupõe, pela sua própria definição, a existência de uma minoria; e, desse modo, o direito da maioria implica o direito de existência da minoria.” (KELSEN, 1998, p. 411).

Isso significa que cada qual, numa democracia, existe por direito próprio e não por concessão do extrato dominante (RE-ALE JÚNIOR, 2012), o que, de plano, entraria em choque com a posição adotada por um dos que mais influenciaram a obsessão pela eficiência como um valor em si mesmo:

En cada raza, nacen elementos de desecho que deben ser eliminados por la selección. Los dolores causados por esta destrucción son el precio al cual se compra el perfeccionamento de la raza; es uno de esos casos numerosos en los cuales el bien del individuo está en oposición con el bien de la especie. (PARETO, 1945, p. 319).

O desejo de ditaduras em nome da preservação dos valores tradicionais, da moral, dos bons costumes ou de qualquer aparente ameaça ou insatisfação comum, é recorrente na experiência ocidental (MASCARO, 2012), e o resultado tem sido, invariavelmente, o de voltar-se contra muitos que as insuflaram (BARBOSA, 1952, v. 24, t. 1).

Às vezes é interessante recordar algumas fontes que esclarecem contextos de extrema passionalidade, como foi o caso da República de Weimar, que nada obstante a tentativa de, como no final do filme *Metropolis*, de Fritz Lang (1926), buscar uma conciliação entre o capital e o trabalho, visto este como o coração e aquele como o cérebro do corpo social, procurando espantar o fantasma da Revolução Bolchevique, ocorrida na Rússia em 1917, viveu assombrada por tal fantasma durante os quatorze anos de sua existência (CORREIA, 2012; PEREIRA, 2008; STUPPIA, 2007).

Em 1919, Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht, mesmo sob a custódia do exército, foram mortos pelo *Freikorps*, uma milícia de extrema-direita na qual, segundo Hannah Arendt, foram recrutados membros da SS, mais tarde (ARENDR, 2008).

Por insurgir-se contra o assassinato, Max Weber, metodológica e ideologicamente contrário aos marxistas, veio a ser sabotado pelos extremistas de direita em suas aulas, morrendo amargurado no ano de 1920 (SOLON, 1997).

Em 1922, o *Freikorps* assassina o empresário e chefe de Estado alemão Walther Rathenau – famoso por haver lançado mão da fórmula referente à função social da empresa ao falar de o papel da sua companhia de navegação ser, em primeiro lugar, colocar os barcos a singrarem o Reno e, depois, distribuir lucros aos acionistas -, dando de plano a indicação de que não se limitariam os ataques aos que, de alguma forma, pudessem ser tidos como potenciais destruidores do regime que tinha como sagrada a instituição da propriedade privada.

De acordo com Arendt (2008, p. 44),

Os assassinos da extrema-direita começaram liquidando líderes proeminentes da extrema-esquerda – Hugo Haase e Gustav Landauer, Leo Jogiches e Eugene Leviné – e rapidamente passaram para o centro e centro-direita – para Walther Rathenau e Mathias Erzberger, ambos membros do Governo na época do assassinato.

Em 1923, ocorre a manifestação, numa cervejaria em Munique, do recém-criado Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, que pretendeu canalizar todos os receios que assaltavam principalmente as classes médias, que temiam especialmente a vitória dos comunistas nas eleições (SOLON, 1997).

É de se notar que já se tornou lugar-comum associar três filmes de Fritz Lang – *Dr. Mabuse, o jogador* (1922), dividido em duas partes, sua continuação, *O testamento do Dr. Mabuse* (1933) e *M. – o vampiro de Dusseldorf* (1932) –, nos quais a sensação de desesperança insegurança é uma constante, a ponto de alimentar-se um clima de paranoia conducente à procura de um “salvador da Pátria”, com o retrato psicológico da República de Weimar, somente existindo um certo dissenso em razão de se

tratar de películas que denunciavam ou que propagandeavam o ideal nacional-socialista, dado que não se esclareceu nem mesmo com o autoexílio do diretor nos EUA (BURCH, 1981; PEREIRA, 2008; WALKER, 2011).

O restante da história é sobejamente conhecido: de 1933 a 1938, era Hitler, juntamente com Mussolini, visto como um cão de guarda do Ocidente contra o avanço bolchevista.

Quando se celebrou o *Pacto Ribbentropp-Molotov*, que selou a sorte da Polônia, sentiu-se o Ocidente traído em suas expectativas e passou-se a ver a manifestação do perigo no nazifascismo.

É bom recordar que o Terror não foi um acidente de percurso na Revolução Francesa, assim como também não o foram a noite dos cristais na Alemanha ou o suicídio de Vargas.

A liberação da insatisfação popular, por vezes, sai do controle dos que a insuflam e capitalizam, mesmo quando são vitoriosos, é a lição reiterada que se tem ao longo dos tempos.

Carlos Lacerda foi um dos articuladores do movimento de 1964, juntamente com Adhemar de Barros, e ambos terminaram cassados (CASSADOS..., 1968; RIBEIRO, 2015); os mesmos jornais que exigiram a deposição de Jango amargaram, mais tarde, a publicação de receitas de bolo e versos dos Lusíadas no espaço das matérias inconvenientes.

No mais, adota-se as palavras do personagem Serenus Zeibloom, para evitar mal-entendidos (a passagem é clara, a menos que se esteja diante de uma variável não-controlável, como o fanatismo ou a má-fé):

Como homem moderado e rebento da Cultura, sinto um pavor natural em face da revolução radical e da supremacia das classes inferiores, que, pelas minhas raízes, dificilmente posso imaginar de outra forma que não a da anarquia e da oclocracia, das quais resultaria a destruição da Cultura. Mas, quando me recordo da grotesca anedota que conta que os dois redentores da civilização européia, o alemão e o italiano, ambos pagos pelos grandes capitalistas, passeavam juntos pelos Uffizi de Florença, onde deveras nada tinham que fazer, e um afiançava ao outro que todas essas “jóias da Arte” teriam sido aniquiladas pelo bolchevismo se o Céu não o tivesse impedido, entregando-lhes o poder,

então se retificam de certa maneira os meus conceitos sobre a oclocracia, e a supremacia das classes inferiores se afigura a mim, como cidadão alemão, um estado ideal, quando a comparo, o que agora é possível, com o domínio da escória. Ao que eu saiba, o bolchevismo jamais destruiu obras de arte. O contrário fez parte das “proezas” dos que afirmavam nos proteger contra ele. (MANN, 2000, p. 475-476).

Passe-se, agora, ao exame das repercussões sobre a condução da política econômica no contexto do Estado de Direito, uma vez que se tem procurado reduzir, nos últimos tempos, o resultado ótimo da gestão da sociedade a determinada concepção de “eficiência”.

4 Política econômica nos quadrantes do Estado de Direito

O Estado, quase sempre apontado como um grande inimigo, entrave do funcionamento eficiente da economia, teve o seu fortalecimento justificado e viabilizado pelo poder econômico de agentes privados.

É importante ter presente que não é um dado da natureza que as necessidades públicas sejam satisfeitas por um Estado organizado, vez que, no interior dos EUA, já se tem a notícia de a segurança pública, por exemplo, ter sido satisfeita mediante critérios próprios das atividades privadas, e de, em certas regiões da Itália, a proteção contra o abigeato decorrer do pagamento de determinados preços a chefes da Máfia (EINAUDI, 1956): independentemente de se agradar ou não o observador em relação a esse dado, não se pode negar sua respectiva existência, que, por sua vez, infirma as proposições que partem do pressuposto de um “papel natural do Estado” (p. 4).

A própria concentração dos poderes de coação em mãos do Estado (BOBBIO, [198-]; BONAVIDES, 2007; CHEVALIER, 1969, t. 1; FELONIUCK, 2014; JAY, 1984; MANKIW, 2009; RAMOS, 2010; SEN, 2010; SOUZA JÚNIOR, 2002; TELLES JÚNIOR, 1970; WEBER, 1992), lembrando, mais, que esse não teria como existir se não houvesse fontes de financiamento (BARRETO, 1977; FONROUGE, 1970; JARACH, 1978; NUSDEO, 2015; OR-

LANDO, 1954), ocorreu, dentre outras razões, pelo dado de que a respectiva difusão se mostrava francamente danosa ao próprio funcionamento da economia:

El derecho de los particulares a percibir los ingresos públicos, equiparados totalmente a los privados, hacía que unos y otros se involucrasen y conducía, en fin de cuentas, al resultado de que fuese desapareciendo más y más el deber de ofrecer una contraprestación por los ingresos que sancionaba el derecho público; es decir, al resultado de que los ingresos públicos se convirtiesen, prácticamente, en ingresos privados. Cuán lejos se iba en las concesiones de tributos públicos a los particulares lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que Alemania llegase a conferir, en la Edad Media, un privilegio de *non impignorando* o de *non alineando ab império*, consistente en asegurarse contra la posibilidad de que los tributos al Estado de la persona u organismo privilegiados fuesen vendidos, concedidos o pignorados. (HECKSCHER, 1983, p. 21).

Mesmo no pensamento de liberais, existem necessidades que não poderiam ter a respectiva satisfação condicionada à possibilidade de geração de lucro para aqueles que as exploram, porque a respectiva satisfação seria o pressuposto da viabilização do desempenho de quaisquer outras atividades, tanto públicas quanto privadas, e por vezes não se teria como satisfazê-las mediante a prestação de atividades direcionadas especificamente a súditos determinados (EINAUDI, 1956).

Essa, por sinal, uma das principais razões para que se arredasse a concepção medieval dos tributos como “compensação pela fruição da utilidade pública” (FONROUGE, 1970, p. 5; ORLANDO, 1954, p. 383) e se compreendesse que sua compulsoriedade decorreria do dado de que nenhum indivíduo, de bom grado, pagaria pela prestação da atividade, por mais necessária que fosse a todos, senão na medida concreta de sua necessidade individual (EINAUDI, 1956): não se é súdito porque contribuinte, mas se é contribuinte porque se está sob a autoridade do Estado, pois, do contrário, bastaria ao indivíduo deixar de pagar tributos para se subtrair aos próprios comandos legislativos, já

que a submissão à autoridade estatal seria “comprada” pelo pagamento da exação, como, aliás, se supunha quando se defendia o voto censitário (ORLANDO, 1954).

De qualquer sorte, quando se fala em política econômica, nos quadrantes do Estado de Direito, tem-se presente o exercício do poder econômico, tanto público quanto privado (COMPARATO, 1977; GRAU, 2010; NUSDEO, 2015; SOUZA, 2005), que não se pode reduzir ao exercício do poder de tributar – que, a bem de ver, nem sempre é exercido com escopos político-econômicos (JARACH, 1978), como se pode exemplificar com a isenção que se concede, em relação ao imposto de renda, a indivíduos portadores de determinadas moléstias –, mas se manifesta a cada vez que se esteja diante de uma atuação voltada a definir os termos das relações que se travam na realidade econômica, um “conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivos econômicos” (SOUZA, 2005, p. 25).

Os objetivos mencionados podem consistir em assegurar o mais pronto retorno do capital e a expansão dos negócios – caso de medidas como a deliberação de realizar-se fusão de empresas (BRASIL, 2012) ou incorporação de uma empresa por outra (BRASIL, 2013a) – em se tratando do exercício do poder econômico privado – que, consoante sempre foi salientado pelos principais pensadores do liberalismo econômico (portanto, defensores do empresariado, das “forças vivas que movem o mercado”), tem como motor de sua atuação o interesse próprio, na obtenção do lucro enquanto recompensa do risco em que incorrem os respectivos titulares –, ou em preservar o poder aquisitivo da moeda, ou em proceder a uma repartição mais “equânime” dos resultados do processo econômico (BRASIL, 2013b), ou em desenvolver determinados setores que se entendam essenciais em determinado momento: todos esses exemplos, independentemente do juízo que se faça da respectiva “bondade” ou “maldade” (BRASIL, 2004a), quanto ao mérito, podem ser enquadrados como objetivos econômicos, porquanto dizem respeito aos meios buscados para a satisfação de “necessidades”, e as medidas aptas a atingi-los caracterizar-se-ão como “medidas de política econômica”.

É comum estabelecer-se a controvérsia em torno de o Estado dever ser mais presente ou menos presente no domínio econômico (KRUGMAN, 2015) e deixar o mercado estabelecer os

termos das relações econômicas, somente atuando para corrigir as respectivas falhas, ou adotar postura ativa, não só mediante comandos abstratos como também atuando como agente econômico para o atendimento de setores que, mesmo não tendo precisão de serem atendidos em regime de serviço público, não seriam atrativos, em princípio, à iniciativa privada, embora correspondam a necessidades inadiáveis (FONROUGE, 1970; SOUZA JÚNIOR, 2002), controvérsia que, muito longe de se pôr em termos estritamente “técnicos”, “neutros”, muito tem de “ideológica” (NUSDEO, 2015), uma vez que “enquanto cada um se esforça por vencer, insiste-se muito mais em fazer valer a verossimilhança do que em pesar as razões de um lado ou de outro” (DESCARTES, 2006, p. 86).

Considerando-se que tal celeuma tem repercussões no próprio configurar dos conflitos de interesses, é de se lembrar que “para o equilíbrio da convivência humana, livre da violência e da barbárie, o homem criou o Direito” (SOUZA, 2001, p. 362).

O receio de se admitir a existência dos conflitos de interesse por eventualmente vir a dar razão a tais ou quais correntes de pensamento adversas, além de anticientífico, porque a veracidade de uma proposição é indiferente e, portanto, imune a conveniências e a relações hierárquicas (ARENDRT, 2007), nega, inclusive, os pressupostos tanto do surgimento de uma autoridade centralizadora do exercício da força quanto da própria ciência econômica, consistentes na escassez dos bens materiais para a satisfação das necessidades e no dado de a satisfação da necessidade de um, via de regra, excluir a possibilidade de outro satisfazê-la: por exemplo, ninguém pode saciar a fome com o mesmo alimento, em concreto; a fruta, uma vez ingerida por um, não terá como ser ingerida simultaneamente por outrem.

É um dado merecedor de reflexão que

[...] a crise financeira ilustrou em um nível macrosocial (por exemplo, nos conflitos entre os países da zona do euro) o que uma meritocracia neoliberal pode fazer com as pessoas. A solidariedade torna-se um bem muito caro e luxuoso e abre espaço para as alianças temporárias, cuja principal preocupação é sempre extrair mais lucro de uma dada situação que seu concorrente.

Os laços sociais com os colegas se enfraquecem, assim como o comprometimento emocional com a empresa ou organização (VERHAEGHE, 2014).

Quer dizer, o debate que se coloca aponta para o problema concreto de uma possibilidade de quase ressurreição do estado de natureza, em que o móvel da utilidade imediata passa a praticamente apagar a noção de humanidade, substituindo-a por uma pergunta quanto a qual seria a serventia de tal ou qual sujeito para o benefício do perguntante, e a resposta negativa a tal pergunta converte-se numa liberação à prática da violência contra tal sujeito, que simplesmente estaria a ocupar ilegítimamente um espaço vital escasso, como foi sustentado num passado não muito remoto.

E, como dito antes, a própria liberdade individual não se teria como materializar se dependesse exclusivamente da boa vontade de cada um dos interessados em reconhecer a razoabilidade e atendibilidade da pretensão do outro, especialmente quando a satisfação de tal pretensão implique o sacrifício dos interesses que se lhe contraponham: há mister um referencial heterônomo, objetivo, para assegurar mesmo o espaço de cada qual, e esse referencial, com caráter universal, até o presente momento ainda é o ofertado pelo Direito positivo, e isso vale para a liberdade em geral e não sofre exceções em relação a uma das suas manifestações, no plano econômico, que é a liberdade negocial.

Não é por menos que ponderou um dos precursores do pensamento democrático:

A natureza humana, sendo de tal modo, que cada indivíduo procura, com a maior paixão, o seu bem particular, vê, como as leis mais equitativas, as que são necessárias para conservar e aumentar a sua fazenda, e não defende o interesse de outrem senão quando crê que por aí mesmo assegura o seu próprio interesse. (SPINOZA, 2013, p. 79).

Tal controvérsia se trava nos planos ou do direito *in fieri* – no seio do qual se definem as atribuições para atuar em determinado campo, sendo usual, quando se elabora a disposição que a lança à iniciativa privada, a justificativa segundo a qual “o Esta-

do, quando entende de atuar na economia, deixa muito a desejar, ou, melhor dizendo, é quase sempre incompetente e ineficiente” (NICZ, 2014, p. 56) – ou do *ius constitutum* – no qual já estão definidas as atribuições e o que cabe identificar em termos do modo de as exercer, para o efeito de se esclarecer onde estão as respectivas responsabilidades, não onde se gostaria que estivessem (BECKER, 1963; KELSEN, 1974) –, quando, evidentemente, se pretenda colocar o debate no contexto do Estado de Direito.

O debate quanto ao direito *in fieri* normalmente desbordaria da atividade do “ator jurídico” – denominação adotada em tese de doutoramento (DARCIE, 2015) que se considera bem mais apropriada do que o ianquismo “operador do direito” –, salvo quando se trate da denominada “inconstitucionalidade por omissão”, diversamente do que ocorre em relação ao *ius constitutum*, instrumento de trabalho de todo “ator jurídico”.

Quando se vai debater, outrossim, o mérito das medidas de política econômica, mais próprio do *ius in fieri*, deve-se ser consequente com os respectivos pressupostos, mais do que com o compromisso com governismo ou oposicionismo, até porque esses compromissos manifestam a inocuidade do debate “*ad personam*”, que simplesmente deixa ao largo os problemas para tomar em consideração tão somente as pessoas que estejam envolvidas, com as simpatias e antipatias que despertam.

Quando se entenda que o Estado não se deve fazer presente em determinado setor, uma omissão sua, para quem seja consequente com tal ponto de vista, não deverá ser considerada censurável, independentemente de seu alinhamento com um Governo ou com a oposição respectiva: deverá ser considerada ou o cumprimento de um dever moral (lembre-se de que não está, aqui, sendo cogitada a situação em que há um comando jurídico proibitivo a que o Estado atue; a situação é daquelas em que, em face do ordenamento jurídico, ele pode atuar ou deixar de atuar) ou, mesmo no limite, elogiável.

Quando se considere que tal ou qual medida se mostra inadequada ou mesmo prejudicial, sua cessação não deve ser vista como catástrofe por aquele que conscientemente a critique, mas sim como algo bem-vindo, como uma correção de rumos.

Quando, por outro lado, se entenda que a presença do Estado em determinado setor seria imperiosa, a omissão deverá ser

tida como condenável, coerentemente com esse ponto de vista, justamente porque a atuação do Estado, diversamente do que ocorre com o particular, não se dá pelo aventurar patrimônio próprio, mas pelo afetar recursos materiais e humanos à satisfação das necessidades de todos aqueles que se acham sob sua autoridade (BRASIL, 2009).

Isso ocorre quando se considere que uma tal ou qual medida se mostre adequada ou benéfica e seja interrompida: nesse caso, sua cessação deverá ser, em si, tida como condenável, porque se ela viria a promover um determinado estado de coisas que se teria por bom, sua interrupção importaria, no mínimo, a permanência no estado de coisas que se entenderia necessário modificar.

Em meio aos extremos que considerem as ações em determinados setores necessárias ou desnecessárias em si e por si mesmas, há os que buscam identificar os pressupostos para que as medidas sejam ou não consideradas como necessárias, explicitando-os e indicando como podem levar ou não aos resultados pretendidos (BRASIL, 2014).

Apesar da aparente simplicidade da demonstração de como se podem travar os debates em termos racionais, passíveis de compreensão mesmo para quem esteja ao largo das discussões parciais, e que são, a bem de ver, os que norteiam o desenvolvimento do contraditório perante as instituições voltadas a administrá-lo, na prática, não é assim que as coisas se processam: é muito mais sedutor, porque não demanda maiores esforços, identificar um inimigo a ser destruído e crer, como na película assinada por Victor Fleming, premiada com o Oscar de melhor roteiro em 1939, *The wizard of Oz*, que com a morte da Bruxa Malvada do Oeste tudo se resolverá (ESCOSTEGUY, 2014; GIRARDELLO, 2002; HERTENSTEIN, 2009).

Um alerta importante para quantos considerem que para a saúde ética, em geral, de um País, com as repercussões na economia, a solução jurídica há de ser uma para os mais simpáticos e outra para os antipáticos, uma para os heróis da Pátria e outra para os inimigos da Nação, foi feito por quem, mais que a simples reflexão no Gabinete, passou pelas agruras da perseguição durante a Guerra:

Dreyfus não era pessoalmente um homem que poderia ter sido amigo de Clemenceau. Por todos os efeitos práticos, não era aquilo que se chama um “homem de bem”. Refiro este aspecto porque ouvi recentemente ainda uma observação característica da nossa recente confusão. Um homem dizia a outro: “Mas do que é que você se queixa? Até agora nenhum homem de bem foi nem caluniado nem atingido”. O que importa, evidentemente, não é saber se a afirmação é verdadeira ou falsa, mas que, aos olhos da lei, os homens, sejam bons ou maus, permanecem iguais, tendo o mesmo valor a reputação de uns e de outros. O estado-maior francês pensava que podia minar as bases da República acusando um homem que não gozava das simpatias de ninguém. E talvez o tivesse conseguido, se Clemenceau não tivesse compreendido que a lei deve ser imparcial tanto para os bons quanto para os maus. (ARENDDT, 2001, p. 298; BARBOSA, 1952, v. 24, t. 1, p. 84).

Deve-se ter presente, outrossim, que a solução jurídica não se propõe a ser apta a resolver, sem nenhuma possibilidade de erro, os problemas em questão, até porque “a lei humana não exige dos homens uma virtude perfeita; esta vem a ser apanágio de poucos, e não se pode encontrar no conjunto do povo que a lei humana vem a reger” (AQUINO, 2005, t. 6, p. 189).

A proposta há de ser a de resolver os problemas dentro do física e juridicamente possível, de acordo com o que esteja ao alcance – justamente porque, como deveria ser de óbvia percepção, ninguém pode ser obrigado ao impossível (BRASIL, 2004b, 2010, 2013c) – daquele a quem a ordem jurídica atribua a competência para tanto (BRASIL, 2003).

Quando se fala em atribuição de competência, há que se lembrar de que se trata, quando se tenha presente a atuação do Poder Público, daquele que tenha sido investido regularmente na posição que esteja afeta à tomada da providência que se tenha em consideração, independentemente de suas qualidades pessoais.

Definido que seja o objetivo econômico a ser atingido, mostrando-se compatível com a ordem jurídica – licitude dos fins –, também os meios hão de ser os constitucional e legalmente

admissíveis, justamente porque, coerentemente com a ideia do Estado de Direito, mesmo a “eficiência” não pode ser buscada tão somente nas qualidades pessoais do gestor: não se casa com a ideia do Estado de Direito a ausência do parâmetro objetivo da Constituição e da legislação com ela compatível, uma vez que a subjetividade pura daquele a que se confere poder de decisão é própria do despotismo (BAPTISTA, 1986; GRAU, 2010).

Além de serem constitucional e legalmente admissíveis, deve-se verificar se são aptos ao enfrentamento do problema de modo efetivo, e se estão no momento em que terão como produzir algum efeito: medidas emergenciais devem ser adotadas diante de fatos inusitados ou que demandem atendimento imediato; medidas considerando implementação de realidades futuras devem ser adotadas de modo paulatino.

Foi a necessidade de medidas emergenciais – para situações de “crise” – que justificou a atribuição de poderes legiferantes ao Executivo, promovendo, em função disso mesmo, profundas transformações na própria compreensão do princípio liberal da desconcentração dos poderes sem que isso levasse, necessariamente, a que fosse renegado em essência; já a necessidade de se evitar que viessem a surgir emergências é que foi determinante da adoção, mesmo no contexto ocidental, capitalista, de um instrumento surgido no âmbito da Revolução Russa de 1917, o planejamento econômico, adaptado, entretanto, para uma realidade em que a iniciativa econômica particular seria tratada como um direito subjetivo do agente econômico e não como uma competência, um dever-poder, subtraído o caráter coativo à lei que aprova os planos econômicos.

Identificar quando as crises são previsíveis ou não o são e quais, na primeira hipótese, são as medidas concretas aptas a prevenir sua eclosão ou, pelo menos, amenizá-las, são operações próprias do conhecedor da ciência econômica (LUCENA, 2015) que assumem relevância jurídica, uma vez que é por seu intermédio que se pode verificar, em relação a quem teria de tomar alguma providência, se teria incorrido em negligência (BRASIL, 1971, 1978) ou se, pelo contrário, a situação poderia equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, com as consequências que deles derivam em termos de responsabilidade daquele que tem de tomar a providência (BRASIL, 1988).

O que se quis dizer com o que consta do parágrafo anterior foi que, na identificação dos fatos, a ciência econômica pode ser um verdadeiro auxiliar do jurista, mas não deverá ser o referencial para o estabelecimento das consequências jurídicas desses mesmos fatos, justamente porque o fato econômico é examinado por aquele ramo do conhecimento humano sob o ponto de vista do “ser”, enquanto a valoração jurídica do fato não está no campo do “ser”, mas no do “dever ser”, cujos enunciados encontram-se nas fontes formais do Direito: recorde-se que os enunciados da ciência não têm como escopo a definição de posições jurídicas, estabelecendo direitos subjetivos e deveres, mas a enunciação de proposições veritativas.

De outra parte, quando se tenha presente uma necessidade de atuação da parte do Estado sobre e no domínio econômico, é indispensável – inclusive para que o cidadão saiba a porta onde deverá bater para a solução dos problemas, evitando que, numa analogia com os dados da Medicina, de mais fácil apreensão pelo homem comum, venha a ser pedido ao dentista que resolva problema de natureza pneumológica – verificar, em sendo adotada a forma federativa, se caberá realizar a postulação ao Poder Central ou às unidades menores autônomas, leia-se, no caso brasileiro, à União ou aos Estados-membros ou aos Municípios.

E, identificado o ente da Federação que seja responsável, deve-se verificar se a providência se comportaria dentre as atribuições do Executivo ou do Legislativo, e se emergiria algum conflito de interesses a ser resolvido à luz de texto normativo abstrato pelo Judiciário, até porque nesse, como em outros domínios, cada um dos órgãos por onde se distribui o poder estatal há de zelar pela preservação da respectiva esfera de atuação e não ingressar na esfera do outro.

Não se pode esquecer que a própria previsibilidade inerente ao princípio da legalidade se apresenta como um dos grandes desideratos do próprio liberalismo econômico, já que com isso se tem facilitado em grande medida o cálculo dos riscos, por se saber precisamente o que esperar das tomadas de decisão no meio em que vige o ordenamento, e as possibilidades de retorno de cada afetação de patrimônio por parte dos capitalistas (ÁVILA, 2014; LOCKE, 1969; PILAGALLO, 2008).

Por fim, há uma pergunta que deveria ser, na realidade, a primeira, que consistiria no próprio diagnóstico da “crise”, da situação econômica “patológica” a ser devidamente enfrentada e sanada ou, no mínimo, administrada, e essa indagação exige que se tenha, antes, a resposta do que se tenha por uma “situação econômica normal”.

E para que se saiba o que é uma “situação econômica normal”, tem-se que verificar qual o parâmetro de “normalidade”, que pode estar bem longe da plena “objetividade” do estabelecimento de uma compreensão universal: basta verificar que a própria distinção entre “gasto” e “investimento” não é, ao contrário do que possa parecer, muito clara, vez que depende, como demonstrado em outra ocasião, de qual se entenda que deva ser o interesse atendido, especialmente, pelo Poder Público, gestor de recursos que são obtidos, em larga medida, sempre necessário recordar, mediante compulsão legal.

O fomento, por exemplo, uma das formas de atuação do Estado sobre o domínio econômico, foi amplamente utilizado durante o *New Deal* como instrumento de recomposição da economia norte-americana e pode-se dizer, sem temor de erro, que é a forma que mais encontra aceitação, mesmo entre os que sustentam as excelências da iniciativa privada contra a “natural inépcia e ineficiência do Poder Público”, e que, nessas hipóteses, o benefício financiado pelos que não sejam os responsáveis pelo desempenho da atividade fomentada não encontra, em linha de princípio, resistência (MARTINS; BASTOS, 1991, p. 232-233), embora nesse campo seja perfeitamente possível a distorção em favorecimento a determinados agentes privados, em conversão dessa função econômica estatal em simples meio de apropriação privada de recursos públicos, quando não de criação de condições privilegiadas de concorrência; quase sempre os gastos com atividades de fomento são encarados, mesmo quando se trate de subsídios “a fundo perdido”, como “investimento”.

Sequer uma situação de “equilíbrio” pode ser considerada, em si e por si mesma, desejável, já que poderia configurar uma prova de “estagnação”, enquanto o dinamismo da realidade econômica poderia demandar, antes, que se estabelecesse o desequilíbrio positivo, marcado pela “destruição criadora”, uma das mais consistentes compreensões da valoração favorável ao

“desenvolvimento”, passando, mais tarde, quando introduzida a nota da “sustentabilidade”, a ser abandonada a noção de “destruição”, para se versar a redução do centro de produção ao consumo com o mínimo de degradação ambiental possível.

Claro que se poderia argumentar com a denominada “meritocracia”, entendida como o sucesso conferido a quem tivesse mostrado competência para ser um vencedor no mercado, e que por isso mesmo teria de ser o destinatário preferencial de qualquer proteção do Estado contra os ineptos invejosos, de tal sorte que a presença da desigualdade econômica e social, longe de ser algo indesejável, seria o final feliz da competição (ALMEIDA, 2008; AMARAL FILHO, 1996; BAUTISTA ALBERDI, 1996; BING, 2006; CARVALHO, 2008; FARHAT, 1966; FERREIRA FILHO, 2009; FRANÇA, 2007; GASTALDI, 1970; HAYEK, 1985; HORN, 2005; JARDIM, 1991; MALTHUS, 1996; MARTINS; BASTOS, 1991; MILL, 1965; MISES, 1971; MOREIRA NETO, 1991; PASTORE, 1994; PENNA, 1991; PINTO, 2008; PRADO, 1991; PRUNES, 1999; RAND, 1970; RICARDO, 1937; ROMITA, 1992; ROSSETTI, 1971; SAY, 1983; SORMAN, 1991); assim como se poderia argumentar, pelo contrário, que a vitória no mercado não se teria devido tanto ao honesto esforço e muito mais a circunstâncias exteriores que o auxiliaram, que iriam desde fatos lícitos, mas independentes de sua atuação, como a herança, passando por relações privilegiadas com determinadas fontes de recursos financeiros até complementações decorrentes de atividades à margem da lei, como é o caso dos jogos de azar (LENIN, 1983; LIMA, 2013; MARX, 2002; PLEKHOV, 1956).

As linhas de argumentação referidas, conquanto ideologicamente opostas, não deixam de manifestar um certo traço comum de uma tomada de posição entre o que cada uma considera o “Bem” e o “Mal” e a fidelidade a cada uma delas, entretanto, conduzem a que os problemas sejam reduzidos ao que seja conveniente para cada uma das parcialidades, o que vale por dizer que não se cogita de solucionar o problema que, embora existente, não pode ser admitido, porque isso implicaria dar razão ao adversário, no qual se quer ver, necessariamente, a personificação do Erro e das Artimanhas do Demônio: uma situação semelhante à de quem estivesse em um barco cujo casco ostentasse um rombo e, ao invés de realizar o tamponamento respectivo,

preferisse atirar ao mar aquele em que identificasse o autor do dano, deixando, ao mesmo tempo, o barco afundar, retrato perfeito da *Stultifera navis* a que se aludia ao final da Idade Média em litografias de Dürer e quadro de Bosch.

Enquanto para o intelectual “puro” e para o sectário se torna fácil optar entre um “mercado deixado livre, a se auto-equilibrar” e um “Estado de tudo provedor”, o realismo indaga acerca da necessidade de salvaguardar a dignidade do ser humano a partir de situações que representam, por efeito da economia, a expulsão de grandes contingentes do acesso à ordem jurídica:

Os cartórios abarrotados com protestos, os tribunais sobrecarregados com processos de títulos em execução ou de falência, os movimentos de produtores rurais e de industriais atingidos por irremediável insolvência, os sem terra, assim como os com terra, mas lançados à insolvência, os sem teto no desespero do relento, as intermináveis filas de desempregados e de aposentados em busca de obtenção ou de complementação de meios de sobrevivência, ainda que aviltantes para sua capacitação, não têm sido capazes de persuadir as autoridades dos Três Poderes a encarar com objetividade esse processo de exclusão social, mediante a regulação recomendada em cumprimento aos comandos democráticos da Constituição. (SOUZA, 2002, p. 551).

São esses dados indiferentes à compreensão que se tenha deles, tão certo como não se podem confundir a interpretação do objeto com o objeto a ser interpretado, mas todos eles estão presentes na realidade econômica, e a ausência de seu enfrentamento adequado abre, inequivocamente, o espaço para o arbítrio e a violência, com os efeitos de todos já conhecidos, inviabilizando, inclusive, o próprio funcionamento da economia de mercado, dependente que é da previsibilidade e da calculabilidade dos riscos (SALDANHA, 1983; SOMBART, 1992): afinal, se a sua consideração está na própria base da admissão de modalidades de remuneração como o juro e o lucro, é de se notar que o risco que pode conduzir a situações insuperáveis é precisamente a marca da imprudência, da falta da diligência que se exige de todo indivíduo ativo e probo na condução de seus negócios (AGUIAR

JÚNIOR, 2003; CASTRO; SOUZA, 2011; CATALAN, 2013; FRÉ, 1938; LIMA, 1989; PIMENTEL, 1973; RIBEIRO, 2006; VAMPRE, 1921; YAZBEK, 2012).

Com toda a possibilidade das coberturas dos riscos pelas apólices de seguros, afastar sua ocorrência ou minorá-los normalmente será situação preferível à percepção da indenização respectiva, do mesmo modo que mesmo quando a Medicina se mostre capaz de curar tais ou quais doenças, normalmente será preferível não ser acometido por elas.

Todas essas questões, realmente, demandam muito esforço para serem entendidas e, em seguida, equacionadas, e não é por menos que todos os que tenham certeza plena de que tais ou quais dogmas econômicos é que devem ser seguidos, ou que somente a medida que beneficie interesses diversos daqueles que acham dignos de serem atendidos deve ser tachada de “demagógica” ou “desastrosa” têm-nas por desnecessárias, irrelevantes ou mesmo prejudiciais, uma vez que há um dado inerente à condição cognitiva de todos os fanáticos: quando a conclusão já está dada, quaisquer fatos que a tornem inviável são tidos, por presunção absoluta, como falsos.

5 Considerações finais

O vetusto enunciado quanto a, dentre os produtos da cultura, o Direito ter sido o único instrumento efetivamente vocacionado a conter o ânimo destrutivo do ser humano, não só em face do respectivo semelhante como também em face da natureza, permanece atual.

E, especialmente no que tange ao enfrentamento de “crises”, principalmente de origem econômica, longe de ter de ceder passo ao tecnocrata, cabe ao jurista auxiliar na escolha da solução que se mostre mais apta a manter o equilíbrio social, a impedir o esgarçamento dos liames que mantêm a convivência dos indivíduos e, quando for o caso, mesmo apresentar os meios para tanto, sem lançar mão da promessa inexequível da infalibilidade.

Os momentos de “crise” tendem a acirrar as emoções, como se sabe, daqueles que por ela se sentem atingidos, e o meio mais simplista que se encontra para enfrentá-las é a busca dos bodes expiatórios, e é exatamente por essa razão que a racionalidade ine-

rente ao Direito deve fazer-se presente nesses casos, sob pena de se cair no campo da violência e do arbítrio, com todas as consequências danosas, inclusive do ponto de vista puramente utilitário.

Quando se fala no Direito e no Estado como os instrumentos que o ser humano encontrou para evitar que cada qual fizesse valer as suas razões exclusivamente pela força nua e pela capacidade de destruir o adversário, não se pode olhar para o cenário atual do Ocidente senão com apreensão.

Essa é uma das razões que dificulta o encontro de uma palavra adequada para exprimir o rastro de irracionalidades que se tem visualizado nos últimos tempos, ainda mais porque os que viram que podem perder o controle das fúrias que estão liberando, ao invés de as conterem, preferem dizer “foi meu adversário quem começou!”, expressão própria de quem não quer acabar com a briga, mas continuar nela.

Referências

ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do Direito e do Estado**: v. 1, os filósofos da Antiguidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A economia política do baixo crescimento econômico do Brasil: um Prometeu acorrentado por sua própria Constituição. In: ACCIOLY, Elizabeth (Org.). **O Direito no século XXI**: homenagem a Werter Faria. Curitiba: Juruá, 2008. p. 615-632.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Trad. Aldo Vanucchi et alii. São Paulo: Loyola, 2005. t. 6.

_____. **Suma Teológica**. Trad. Aldo Vanucchi et alii. São Paulo: Loyola, 2005. t. 2.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

_____. **Entre o passado e o futuro.** Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2007.

_____. **Compreensão e política e outros ensaios.** Trad. Miguel Serras-Pereira. Lisboa: Relógios d'Água, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da segurança jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Reynaldo. **Minha coluna na Folha:** “Francisco, por que não te calas?”. 16 jan 2015. <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/minha-coluna-na-folha-francisco-por-que-nao-te-calas/>, Acessado em 6 out 2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BARBOSA, Ruy. **Obras completas:** Discursos parlamentares – 1897 – O Partido Republicano Conservador. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura/Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1952, v. 24, t. 1.

BARRETO, Alberto Deodato Maia. **Manual de ciência das finanças.** São Paulo: Saraiva, 1977.

BARS, Henry. **Maritain en notre temps.** Paris: Bernard Grasset, 1959.

BAUTISTA ALBERDI, Juan. **Estudios económicos.** Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes, 1996. t. 1.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 1963.

BING, Plínio Paulo. **Sociedade limitada:** aspectos mercantis e civis no contexto do Código Civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

_____. **Ensaios escolhidos.** Trad. Sérgio Bath. São Paulo: C. H. Cardim, [198-].

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 136.902/SP**. Relator: Min. Nelson Jobim. DJU 2 jun 2006; idem. Recurso extraordinário 571.969/DF. Relatora: Min. Carmen Lúcia. DJ-e 17 set 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial 1.322.421/RJ**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJ-e 1 fev 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ-e 2 out 2013b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.400.342/RJ**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ-e 15 out. 2013c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.328.381/RN**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ-e 29 nov 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos declaratórios em embargos declaratórios no recurso especial nº 841.399/SP**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. DJ-e 6 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 888.420/MG**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ-e 27 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.452/SP**. Relator: Min. Nelson Jobim. DJU 30 abr.2004a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 429.216/RS**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJU 7 jun. 2004b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 8.756/DF**. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. DJU 9 dez. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 166.669/BA**. Relator: Min. Oscar Corrêa. DJU 16 dez. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em agravo de instrumento nº 73.893/RJ**. Relator: Min. Rodrigues Alckmin. DJU 11 dez. 1978.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de divergência em recurso extraordinário nº 64.152/GB**. Relator: Min. Adalício Nogueira. DJU 21 maio 1971.

BURCH, Noel. Notes on Fritz Lang's first Mabuse. **Ciné Tracts – a Journal of Film and Cultural Studies**, Montreal/Ottawa, v. 4, n. 1, p. 10-1, spring 1981.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Direito Econômico, direitos humanos e segurança coletiva**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do Direito Tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASSADOS Lacerda e mais 12. Editorial. **Folha de S.Paulo**, 31 dez 1968. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_31dez1968.htm>. Acesso em: 3 out. 2015.

CASTRO, Moema Augusta Soares de; SOUZA, Carmen Godoy Vieira de. A obrigatoriedade de informação dos rendimentos dos administradores das companhias abertas sob o enfoque da análise econômica do Direito: trade-off entre publicidade e a eficiência da regulação. In: WALD, Arnaldo et alii [coord.]. **Sociedades anônimas e mercado de capitais – homenagem ao Professor Osmar Brina Correa Lima**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 465-491.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2013.

CHEVALIER, Jean-Jacques. Le temperament politique français. In: CORTIÑAS-PELÁEZ, León (Org.). **Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX: homenagem a Enrique Sayagues-Laso**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969. t. 1, p. 723-731.

CÍCERO, Marco Túlio. **Orações**. Trad. Pe. António Joaquim. São Paulo: W. M. Jackson, 1949.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O Estado na afirmação dos direitos humanos e os direitos sociais. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Org.). **Filosofia, sociedade e direitos humanos: ciclo de palestras em homenagem a Goffredo Telles Júnior**. Barueri: Manole, 2012. p. 131-138.

DARCIE, Jonathan. **A interpretação jurídica na perspectiva do realismo filosófico crítico**. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015 (tese de doutoramento).

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Lourdes do Nascimento Franco. São Paulo: Ícone, 2006.

EINAUDI, Luigi. **Principi della scienza della finanza**. Torino: Einaudi, 1956.

ESCOSTEGUY, Diego. “Não há soluções mágicas”. **Instituto Millenium**, 2014. Disponível em: <<http://www.institutomillennium.org.br/podcasts/solues-mgicas/>>. Acesso em: em 3 out. 2015.

FARHAT, Emil. **O país dos coitadinhos**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

FELONIUK, Wagner Silveira. **A Constituição de Cádiz: análise da Constituição Política da monarquia espanhola de 1812**. Porto Alegre: DM Editora, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FONROUGE, Giuliani. **Derecho Financiero**. Buenos Aires: Depalma, 1970.

FRANÇA, Ronaldo. Como pensam os brasileiros. **Veja**, São Paulo, v. 40, n. 2.022, p. 86-88, 22 ago. 2007.

FRÈ, Giancarlo. Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, Milano, v. 38, n. 1, p. 433, 1938.

GARCIA, Janaína. Para MP, trabalho é convencer jurados de que “bandido bom” não é “bandido morto”. **UOL**, 5 abr. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/04/05/e-crucial-convencer-jurados-do-carandiru-de-que-bandido-bom-nao-e-bandido-morto-diz-mp.htm>>. Acesso em: 4 out. 2015.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. São Paulo: Saraiva, 1970.

GIRARDELLO, Gilka. Imaginação infantil, televisão e narração de histórias. **Portal Anped Sul**, 2002. Disponível em: <http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2002/Educacao,_cidadania_e_intercultural/Trabalho/02_16_29_t333.pdf>. Acesso em: 3 out. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2010.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. São Paulo: Visão, 1985. v. 3.

HECKSCHER, Eli R. **La época mercantilista**. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.

HERTENSTEIN, Mike. Rushdie, Kansas & Oz (oh my!). **Filmwell**, 2009. Disponível em: <<http://theotherjournal.com/filmwell/2009/06/02/rushdie-kansas-oz-oh-my/>>. Acesso em: 3 out. 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Encyclopaedia Britannica, 1955.

HORN, Norbert. **Introdução à ciência do Direito e à filosofia jurídica**. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JARACH, Dino. **Finanzas públicas**: esbozo de una teoria general. Buenos Aires: Cangallo, 1978.

JARDIM, Torquato Lorena. Empresas estatais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 210, abr./jun. 1991.

JAY, John. A União como requisito para a segurança nacional. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Heitor de Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

KIERKEGAARD, Sören. **Desespero**: a doença mortal. Trad. Ana Keil. Porto: Rés, 1989.

KRUGMAN, Paul. Políticas atuais agravarão a crise. Trad. Antonio Martins. **Outras Palavras**, 24 ago. 2015. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/posts/krugman-politicas-atuais-aprofundarao-a-crise/>>, Acesso em: 3 out. 2015.

LEIBNIZ, Gottfried. **Discurso de metafísica**. Trad. João Amado. Lisboa: Ed. 70, 1989.

LENIN, Vladimir Ilitch Ulianov. **O Estado e a revolução**. Lisboa: Avante, 1983.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. Trad. Chaim Samuel Katz. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

LIMA, Euzébio de Queiroz. **Theoria do Estado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.

LIMA, Osmar Brina Correa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

LIMA, Vinicius Moreira de. O escravismo colonial e a formação do Estado burguês no Brasil: comentários sobre uma controvérsia historiográfica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte,

número especial em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza, p. 484-485, 2013.

LOCKE, John. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Trad. Armando Lazaro Ros. Madrid: Aguilar, 1969.

LUCENA, Eleonora de. Prêmio Nobel ataca elite alienada e propõe mais impostos para os ricos. **Folha de S.Paulo**, 3 out. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/10/1689707-premio-nobel-ataca-elite-alienada-e-propoe-mais-impostos-para-os-ricos.shtml?cmpid=compfb>>. Acesso em: 3 out. 2015.

MALTHUS, Thomas Robert. Ensaio sobre a população. Trad. Antônio Alves Cury. In: GALVEAS, Ernane (Org.). **Os economistas**: Malthus. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Trad. Allan Vidal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MANN, Paul Thomas. **Doutor Fausto**: a vida do compositor alemão Adrian Leverkühn narrada por um amigo. Trad. Herbert Caro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

MARITAIN, Jacques. **Raison et raisons**. Paris: Egloff, 1947.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 6, t. 2.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MASCARO, Alysson Leonardo. O Estado na afirmação dos direitos humanos e os direitos sociais. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Org.). **Filosofia, sociedade e direitos humanos**: ciclo de palestras em homenagem a Goffredo Telles Júnior. Barueri: Manole, 2012. p. 108-117.

MILL, John Stuart. **De la libertad – del gobierno representativo – esclavitud femenina**. Trad. Marta C. C. Iturbe. Madrid: Tecnos, 1965.

MISES, Ludwig von. **The theory of money and credit**. New York: The Foundation for Economic Education, 1971.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e revisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NICZ, Alvacir Alfredo. A liberdade constitucional econômica como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOUZA, José Washington Nascimento de (Org.). **Direito Econômico e socioambiental**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 49-58.

NOGUEIRA, Ataliba. **O Estado é meio e não fim**. São Paulo: Saraiva, 1955.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ORLANDO, Vittorio Emanuele. **Diritto Pubblico generale**. Milano: Giuffrè, 1954.

PAGNAN, Rogério. Metade do país acha que “bandido bom é bandido morto”. **Folha de S.Paulo**, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml?mobile>>. Acesso em: 5 out. 2015.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. Guillermo Cabanellas. Buenos Aires: Atalaya, 1945.

PASTORE, José. **Flexibilização do mercado de trabalho e contratação coletiva**. São Paulo: LTr, 1994.

PENNA, J. O. Meira. **Opção preferencial pela riqueza**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991.

PEREIRA, Wagner Pinheiro. **O império das imagens de Hitler: o projeto de expansão internacional do modelo de cinema nazista na Europa e na América Latina (1933-1955)**. 2008. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PILAGALLO, Oscar. **Direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINTO, Almir Pazzianotto. **Direito e política**. Brasília: Consulex, 2008.

PLATÓN. **La república**. Trad. José Manuel Pabón & Manuel Fernandez Galiano. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, t. 1.

PLEKHANOV, Georges. **Essai sur le développement de la conception moniste de l'histoire**. Trad. Lucia Galinskaia e Jean Cathala. Moscou: Éditions en Langues Étrangères, 1956.

PRADO, Ney. **Economia informal e o Direito**. São Paulo: LTr, 1991.

PRUNES, José Luis Ferreira. **Trabalho terceirizado e composição industrial**. Curitiba: Juruá, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade da lei no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAND, Ayn. **The virtue of selfishness: a new concept of egoism**. New York: Penguin, 1970.

REALE JÚNIOR, Miguel. Questões de linguagem, hermenêutica e aplicação dos direitos humanos. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (Org.). **Filosofia, sociedade e direitos humanos: ciclo de palestras em homenagem a Goffredo Telles Júnior**. Barueri: Manole, 2012. p. 75-83.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RICARDO, David. **Princípios de economia política e do imposto**. Trad. C. Machado Fonseca. Rio de Janeiro: Atena, 1937.

ROMITA, Arion Sayão. **A terciarização e o Direito do Trabalho**. LTr, São Paulo, v. 56, n. 3, p. 275-276, mar. 1992.

ROSSETTI, José Paschoal **Introdução à economia**. São Paulo: Atlas, 1971.

- SAKAMOTO, Leonardo. *Massacre do Carandiru, 23 anos: “Bandido bom é o morto”*, diz um povo doente. **UOL**, 2 out. 2015. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2015/10/02/massacre-do-carandiru-23-anos-bandido-bom-e-o-morto-diz-um-povo-doente/>>. Acesso em: 4 out. 2015.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SAY, Jean-Baptiste. **Tratado de economia política**. Trad. Balthazar Barbosa Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- SCHMITT, Carl. **O conceito do político: teoria do partisan**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.
- _____. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **Aforismos para a sabedoria da vida**. Trad. Gabriel Valladão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2014.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SIMAS FILHO, Mário; RODRIGUES, Alan. O fim da farsa. **Revista Isto É**, ed. 1.617, 20 set. 2000. Disponível em: <<http://www.istoe.com.br/reportagens/39243O+FIM+DA+FARSA>>. Acesso em: 4 out. 2015.
- SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- SOMBART, Werner. **El burgués**. Trad. Maria Pilar Lorenzo. Madrid: Alianza, 1992.
- SORMAN, Guy. **Sair do socialismo**. Trad. Célia Neves Dourado. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Reflexões sobre o ensino jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 39, p. 362, 2001.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha de. **Consenso e democracia constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. Trad. José Perez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

STUPPIA, Alfredo Luiz Paes de Oliveira. **Limite de alerta! Ficção científica em atmosfera rarefeita: uma introdução ao estudo da FC no cinema brasileiro e em algumas manifestações cinematográficas off-Hollywood**. 2007. Tese (Doutorado) - Instituto de Artes da Universidade de Campinas, Campinas, 2007.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **O Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

VAMPRÉ, Spencer. O caso fortuito nos acidentes pessoais de transporte. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 151, fev. 1921.

VERHAEGHE, Paul. **Como se desperta o que há de pior em nós**. Trad. Eduardo Sukys. Outras Palavras, 24 out. 2014. Disponível em: <<http://outraspalavras.net/posts/como-se-desperta-o-pior-que-ha-em-nos/>>. Acesso em: 3 out. 2015.

WALKER, Michael. **Das Testament des Dr. Mabuse**. 2011. Disponível em: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/arts/film/movie/contents/das_testament_des_dr_mabuse.pdf>. Acesso em: 1º out. 2015.

WEBER, Max. **Ciência e política – duas vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2011.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**. Trad. José M. Echavarría et alii. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992.

YAZBEK, Otávio. Representações do dever de diligência na doutrina jurídica brasileira: seu exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernandes Martins (Org.). **Temas essenciais de Direito Empresarial**: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 940-961.

AS MARCANTES ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL

THE REMARKABLE CHANGES IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Lino Edmar de Menezes

Procurador Regional da República.

Professor Adjunto Nível IV da

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela

Universidade Federal do Ceará.

Graduado em Direito pela

Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Sumário: 1 Introdução; 2 Questões de Direito Inter-temporal; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Questions of Intertem-poral Law; References.

Resumo: Nos últimos anos, o legislador vem adotando a técnica legislativa de reforma setorial dos códigos, evitando, dessa forma, a perda da necessária coerência e sistematização que a substituição de um código por inteiro pode acarretar. O presente trabalho apresenta as mudanças mais significativas no processo penal nas duas últimas décadas, desde a constituição da comissão, em 1992, para propor as reformas setoriais mais urgentes no processo penal brasileiro, que resultou em 17 anteprojetos, caracterizados pela intenção de conciliar a simplificação do procedimento criminal visando conferir maior efetividade à justiça criminal com o inafastável respeito à dignidade humana, evitando o exercício do direito de punir com o sacrifício das garantias individuais. Verificou-se que a reforma do processo penal obedece a duas orientações fundamentais: o compromisso com as garantias individuais, evidenciado na reafirmação expressa dos princípios e regras fundamentais constantes da Constituição Federal de 1988, e a simplificação dos procedimentos, abrangendo, só para mencionar algumas das alterações mais expressivas nesse âmbito, a dispensa de inquérito para as infrações de menor potencial ofensivo e a criação da “autuação primária” em Boletim de Ocorrência para essas infrações. Das várias mudanças

efetuadas, destacam-se as Leis nºs 9.033/95; 9.303/95; 9.271/96; 9.268/96; 9.296/96; 9.099/95 e 9.299/96.

Palavras-chave: Legislação processual penal. Alterações. Leis nºs 9.033/95; 9.303/95; 9.271/96; 9.268/96; 9.296/96; 9.099/95 e 9.299/96.

Abstract: In last recent years, the legislator has adopted the legislative technique of sectoral reform of the codes, thereby preventing the loss of the necessary coherence and systematization which may occur at replacing of a whole code. This work shows the relevant changes in criminal procedure in the last two decades, since the commission constitution, in 1992, to propose the most urgent sectoral reforms in the Brazilian criminal procedure, which resulted in 17 drafts, characterized by the intention to reconcile the simplification of criminal procedure intending to give more effectivity to criminal justice with all the respect for human dignity, preventing the exercise of the right to punish with the sacrifice of individual guarantees. It was evidenced that the reform of criminal procedure follows two principles: the commitment to individual rights, visible in the principles and fundamental rules of the Constitution of 1988 express reaffirming and the simplification of procedures, including, to name a few of the most significant changes in this area, the inquiry dispenses for offenses of lower offensive potential and the creation of “primary assessment” in police reports for these offenses. Among the various changes made stand out the Laws Nº 9,033/95; 9,303/95; 9,271/ 96; 9,268/96; 9,296/96; 9,099/95 and 9,299/96.

Keywords: Criminal procedure law. Changes. Laws Nº 9,033/95; 9,303/95; 9,271/ 96; 9,268/96; 9,296/96; 9,099/95 and 9,299/96.

1 Introdução

Nos últimos anos, o legislador vem adotando a técnica legislativa de reforma setorial dos códigos, assim ocorreu com o Código Penal, o Código de Processo Civil e, por último, com o Código de Processo Penal. Na verdade, a substituição de um código por inteiro pode resultar em atropelos, levando-o a perder a sua necessária coerência e sistematização. O presente trabalho apresenta as mudanças mais significativas no processo penal nas duas últimas décadas.

Em 1992, o Governo Federal decidiu constituir uma comissão para propor as reformas setoriais mais urgentes no processo

penal brasileiro, tendo na presidência o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Sálvio Figueiredo. Outros grandes juristas compuseram essa comissão: Luiz Vicente Cernicchiaro, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antônio Nabor Areias de Bulhões, Francisco de Assis Toledo, Inocêncio Mártires Coelho, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Miguel Reale Júnior, Paulo José da Costa Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.

A comissão, após várias reuniões, produziu 17 anteprojetos que foram revisados por uma outra comissão e submetidos ao Ministro da Justiça que, por sua vez, mandou publicá-los, para que a comunidade jurídica pudesse tomar conhecimento das propostas e oferecesse sugestões.

Em todos os anteprojetos, a intenção dos reformadores foi conciliar a simplificação do procedimento criminal para dar maior efetividade à justiça criminal com o inafastável respeito à dignidade humana, evitando o exercício do direito de punir com o sacrifício das garantias individuais. O limite da repressão criminal é, sem dúvida, as liberdades públicas garantidas pela Constituição Federal.

O professor René Ariel Dotti (1995), ao escrever sobre a reforma do processo penal, sintetiza as mudanças propostas sob as duas orientações fundamentais.

Quanto ao compromisso com as garantias individuais, ressalta o eminente professor que

[...] os anteprojetos reafirmam, expressamente, princípios e regras fundamentais inseridos na carta Política de 1988. Podem-se referir, exemplificadamente: a) a fundamentação do despacho que procede ao indiciamento no curso do inquérito e das decisões judiciais que recebem ou rejeitam a denúncia ou queixa; que mantenham a prisão provisória ou as medidas restritivas de liberdade; b) a dispensa da identificação criminal salvo quando o indiciado não o for civilmente ou quando houver dúvida fundada sobre sua identidade; c) o reforço à garantia do direito de audiência, exigindo do encarregado do inquérito, sob pena de responsabilidade, o dever de informar ao indiciado a importância do endereço por ele fornecido, para efeito de citação

e intimação, bem como da mudança, se houver; d) a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do investigado, indiciado ou autuado, do ofendido e das testemunhas; e) a inadmissibilidade da prova ilícita, “assim entendidas as obtidas com violação a princípios ou normas constitucionais, e as delas resultantes”; f) o desentranhamento dos autos dos registros que contiverem as provas ilícitas; g) a efetivação da defesa, “exigindo demonstração das teses”; h) a amplitude da defesa, publicando-se o nome do defensor constituído em ordem alfabética, quando se tratar de intimação pela imprensa; i) a separação entre os presos provisórios e os definitivamente condenados e j) a revitalização do direito ao silêncio, dispensando o acusado de comparecer ao julgamento pelo Tribunal do Júri; k) a prática da conciliação e da transação em infrações penais de menor potencial ofensivo.

Sob o ângulo de simplificação dos procedimentos, aduz que:

No rumo da simplicidade e eficácia das regras procedimentais, pode-se afirmar que os recentíssimos anteprojetos têm as seguintes coordenadas: a) a dispensa do inquérito policial para apurar as infrações de menor potencial ofensivo, “assim consideradas as contravenções penais e os crimes punidos com detenção até 2 (dois) anos; b) a criação do procedimento denominado “autuação primária”, para as infrações acima referidas, caracterizado pelo registro do fato em boletim de ocorrência, e mais as providências elementares referidas no §4º do art. 5º; c) exigência da fundamentação do pedido do Ministério Público visando à devolução do inquérito ou da autuação sumárias para novas diligências; d) o julgamento antecipado da causa, após a resposta do acusado e a ausência do Ministério Público ou do querelante; e) a realização da audiência de instrução e julgamento dentro do prazo de 30 dias, no procedimento ordinário; f) a apresentação das alegações orais pelas partes e o lançamento da sentença em audiência; g) a admissão de memoriais somente em face da complexidade do caso, hipótese em que a sentença deverá ser proferida no prazo de 5 dias, após untadas as

alegações escritas; h) a adoção do rito sumário para os crimes punidos com detenção superior a 2 anos; i) a adoção do rito sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, quando não houver transação; j) o exame de corpo de delito e outras perícias efetuados somente por um expert, desde que oficial; k) a inquirição direta das testemunhas (cross examination), indeferindo o juiz as perguntas “que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa, ou importarem na repetição de outra já respondida; l) a revitalização da fiança, estabelecendo limites financeiros mais adequados ao interesse público através de tabela a ser observada pela autoridade policial e dispensando-a no caso de fixação judicial, caso em que o magistrado deverá ter em conta, além de outras circunstâncias, a natureza da infração e as condições econômicas e pessoais do acusado; m) a interposição do agravo, que substitui o recurso em sentido estrito, diretamente ao Tribunal competente; n) a redução de formalidades no processamento do agravo de instrumento; o) em relação ao procedimento do Tribunal do Júri: o.1) limitação dos fundamentos da pronúncia; o.2) supressão do libelo; o.3) a dispensa da intimação da pronúncia a réu solto; o.4) a dispensa de um menor para a audiência de sorteio de jurados, feita pelo juiz, a portas abertas; o.5) a possibilidade de realizar o julgamento sem a presença do réu solto; o.6) a oportunidade à parte e aos jurados de formular, diretamente, perguntas ao acusado; o.7) a inquirição direta das testemunhas pelas partes, na forma do art. 212; o.8) a leitura das peças dos autos somente quando considerada imprescindível; o.9) o registro do interrogatório e demais atos de prova pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, mantendo-se o registro nos autos; o.10) a simplificação do questionário, limitado, em geral a 3 perguntas, versando sobre: 1ª a materialidade do fato; 2ª a autoria ou a participação; 3ª se o acusado deve ser condenado; o.11) o reconhecimento das agravantes ou atenuantes feito pelo Juiz, assim como ocorria antes do advento da Lei 263, de 23.02.48, que incluiu o parágrafo único do art. 484 do CPP; o.12) a supressão do recurso do protesto por novo júri (DOTTI, 1995).

O Poder Executivo submeteu ao Congresso Nacional algumas dessas alterações, que foram logo transformadas em lei, incorporando-se ao Código de Processo Penal. Paralelamente, outras leis foram aprovadas regulando assuntos diversos, como é o caso da Lei dos Juizados Especiais Criminais, cuja instituição está autorizada na própria Constituição Federal.

Das várias mudanças efetuadas, podem-se destacar as Leis nºs 9.033/95; 9.303/95; 9.271/96; 9.268/96; 9.296/96; 9.099/95 e 9.299/96, algumas das quais foram alvo de severas críticas doutrinárias, gerando até certa perplexidade no tocante à sua aplicação, como se verá adiante.

Primeiramente, a Lei nº 9.033/95, que deu nova redação ao § 1º do artigo 408 do Código de Processo Penal, teve por única finalidade suprimir a obrigatoriedade de o juiz, na pronúncia, mandar lançar o nome do réu no rol dos culpados, cujo dispositivo já era tido como não recepcionado pela nova Constituição Federal porque agressivo ao princípio de presunção de inocência.

Na sequência, a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, verdadeira revolução no âmbito do Direito Processual Penal, inovou em vários pontos a ordem jurídico-processual, criando o procedimento sumaríssimo para as infrações de pequeno potencial ofensivo, assim consideradas pela referida Lei as contravenções penais e os crimes punidos com pena privativa de liberdade cuja pena máxima não for superior a 1 (um) ano, desde que não tenham procedimento especial (art. 61). Posteriormente, a Lei nº 11.313/2006, tratando dos Juizados Federais, elevou para 2 (dois) anos a pena máxima e silenciou sobre os procedimentos especiais. Também inovou no que tange à investigação policial, extinguindo o inquérito na apuração dessas infrações e criando o “termo circunstanciado”, desobrigando os delegados de autuarem em flagrante os seus autores, bastando-lhes o compromisso de comparecerem ao juizado quando intimados. Dessa forma, a Lei criou mais uma forma de o indiciado livrar-se solto, independentemente de fiança (CPP, art. 321).

Nessa Lei, a par do procedimento sumaríssimo, adotou-se uma audiência preliminar de conciliação, nos crimes de ação privada e pública condicionada, cujo acordo civil gera a extinção da punibilidade (art. 74, parágrafo único), o que foi uma inovação revolucionária no País.

Ainda na fase preliminar, está o Ministério Público autorizado a propor imediata aplicação da pena de multa e restritiva de direito, evitando a instauração do processo criminal nesse tipo de infração considerada de bagatela. É a chamada “transação penal”, autorizada pela Constituição Federal, em que o Ministério Público e o autor do fato procuram solucionar a questão do crime mediante concessões mútuas, aplicando-se a “pena consentida” sem a morosidade e publicidade desgastantes do processo criminal. Adentre-se na era do “Direito Penal consensual”, consenso antes, como se sabe, só admissível na área cível.

Outra inovação revolucionária foi a criação da figura da “suspensão condicional do processo” (art. 89), admitida quando o crime for punido com pena privativa de liberdade cujo limite mínimo não exceder a 1 (um) ano, podendo, se o acusado o aceitar, ficar o seu processo suspenso de 2 a 4 anos, mediante condições a serem atendidas no período de prova. É o que se chama de *sursis* processual, no qual fica admitida a suspensão do processo se no crime cometido, projetada a condenação do réu, teria ele direito a *sursis*, na forma autorizada pelas normas do Código Penal (art. 77). Com a suspensão do processo, a transação penal ou o acordo civil, o legislador adotou a política criminal de despenalização e desencarceramento, tão reclamada pelos ilustres penalistas e penitenciaristas adeptos do minimalismo penal.

Por último, a referida Lei instituiu a necessidade de “representação do ofendido” nos crimes de lesão leve e lesão culposa que, doravante, poderão ser objeto de acordos civis. O acordo, se concretizado, importará em renúncia da vítima ao *jus perseguendi* e na consequente extinção da punibilidade do autor do fato.

Têm sido unânimes os doutrinadores em afirmarem que a Lei nº 9.099/95 foi um marco decisivo para o desafogamento da justiça criminal, constituindo verdadeiro divisor de águas entre a pequena, média e grande criminalidade. Tem-se hoje o seguinte quadro repressivo: as infrações de bagatela ficam nos Juizados Especiais, admitindo-se ampla conciliação; a criminalidade média, cujos agentes podem obter a suspensão condicional do processo; e a criminalidade violenta, cuja repressão é mais grave, e nessa categoria estão os chamados crimes hediondos.

As mudanças do processo penal brasileiro sempre foram tímidas, sem alcance prático duradouro.

Alberto M. Binder (1989), que ocupa o cargo de Secretário do Instituto de Estudos Comparativos sobre leis criminais, em Buenos Aires, escreveu excelente artigo abordando as “perspectivas sobre a reforma do processo criminal na América Latina”, no qual detectou a crise de eficiência do sistema repressivo (como ocorre no Brasil) e arrolou as falsas soluções, isoladas, adotadas pelos governos, destacando:

- O primeiro revolucionismo é aquele que chamaríamos de “reducionismo quantitativo”. Esse ponto de vista aborda o problema de aplicação da justiça criminal puramente sob o aspecto da quantidade de recursos humanos e materiais envolvidos. Os defensores dessa idéia acreditam que o problema judicial seria resolvido se houvessem mais tribunais, se os tribunais dispusessem de mais recursos materiais, mais máquinas de escrever e se os salários dos juízes fossem aumentados, ou se os tribunais dispusessem de mais pessoal.

- Um segundo ponto de vista reducionista pode ser chamado de “reducionismo processual”. Esse ponto de vista concentra-se sobre os problemas de aplicação da justiça, como se eles emergissem de determinadas falhas processuais, que podem ser facilmente detectadas e solucionadas pela simples sintonização de certas leis, alterando-se prazos, exigências etc, do sistema em vigor.

- Um terceiro ponto de vista reducionista é o que pode ser chamado de “reducionismo dos melhores recursos humanos”. Aqui o problema poderia ser resolvido simplesmente pela existência de juízes e advogados mais competentes. Por trás dessa idéia repousa uma falácia, uma vez que ninguém explicou o critério a ser adotado na seleção desses destacados juízes, ou de onde eles poderiam vir.

- Um outro ponto de vista equivocado é o que poderíamos chamar de “reducionismo administrativo”. Aqui, todos os problemas de aplicação da justiça têm suas raízes no apoio oferecido pelo pessoal administrativo do tribunal e na maneira inadequada de administrar as causas e o pessoal.

.....
O reducionismo, segundo esse ponto de vista obviamente repousa no fato de acreditar-se que a solução

para os problemas judiciais será encontrada simplesmente na modificação do sistema de arquivo e registros, e na implementação de métodos avançados de administração.

O eminente observador internacional, no final do seu trabalho, sugere que os governos tenham em mente a natureza “multidimensional do processo de reforma”, concentrando-se em três dimensões básicas: efetividade do processo, garantias processuais como direitos fundamentais e o resgate da legitimidade e do papel social da justiça.

No Brasil, as leis de reforma do Código de Processo Penal vêm atendendo a esse apelo internacional.

Observe-se que a Lei nº 9.099/95 procura conferir efetividade ao processo criminal e, ao mesmo tempo, não descarta das garantias processuais. Do mesmo modo, com a rapidez dos julgamentos, haverá o resgate da imagem da justiça criminal.

Nessa linha de raciocínio, também se pode citar a Lei nº 9.271/96, que realça a dignidade da pessoa humana quando proíbe qualquer julgamento criminal sem que o acusado tome conhecimento pessoal da acusação (“comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”), uma das recomendações contidas na “Convenção Americana Sobre Direitos Humanos”, ratificada pelo Brasil e que, com a promulgação do Decreto nº 678/92, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

A professora Ada Pellegrini Grinover (1996), ao revelar os fundamentos políticos do novo tratamento da revelia, ressalta para que veio a inovação:

O processo, para ser efetivo, deve ser útil e os seus resultados, concretos. A experiência demonstra que se o acusado não é encontrado para ser pessoalmente citado, tão pouco será encontrado para cumprir a pena imposta em sentença condenatória prolatada à revelia. Milhares e milhares de mandados de prisão, não cumpridos, frustram o resultado do processo e da aplicação da lei penal material. Com isso, perde credibilidade a justiça, gasta-se tempo enorme enquanto o processo “gira em falso”, abarrotam-se pautas com

procedimentos que não levarão a qualquer resultado prático. Nem se diga que, nesse caso, a consciência do juiz ficaria tranquila porque chegou uma condenação. A justiça penal há de ser vista como um todo, numa ótica de política judiciária, e não apenas do ponto de vista do juiz, que não pode e não deve despreocupar-se quanto ao efetivo cumprimento de seu mandamento. O processo condenatório existe para que seja atuada concretamente a vontade da lei, e não para satisfazer as estatísticas. (p. 1).

Outra alteração importante no Direito Penal, mas com reflexos no Direito Processual, diz respeito à Lei nº 9.268/96, que prevê o seguinte quanto à pena de multa: “Art. 51 – Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”.

Todos sabem que o revogado artigo 51 do Código Penal previa a conversão da pena de multa em privativa de liberdade “quando o condenado solvente deixa[va] de pagá-la ou frustra[va] a sua execução”.

Pela nova Lei, a multa não poderá mais ser convertida em pena de prisão, transformando-se em dívida de valor a ser cobrada mediante execução fiscal.

A inovação em matéria processual diz com a revogação do artigo 182 que atribuía ao Ministério Público a cobrança da pena de multa; agora, é atribuição dos advogados da Fazenda Pública, Federal ou Estadual.

O professor Damásio de Jesus (2000, p. 301) tem a seguinte opinião sobre a destinação do valor da multa:

Note-se que a lei não fala que o valor da multa deve ser recolhido aos cofres da União, referindo-se à Fazenda Pública. Abre espaço a que seja arrecadado aos erários estaduais, o que nos parece correto e vem acontecendo em alguns Estados, como em São Paulo.

Outra inovação de há muito reclamada pela sociedade brasileira foi a transferência do julgamento de crimes dolosos contra

a vida, praticados por policiais militares contra civis, para a justiça comum estadual, ou seja, para o Tribunal do Júri Popular.

A novidade foi trazida no bojo da Lei nº 9.299/96, cujo § 2º estatui: “Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum.”.

Sabe-se que muitos homicídios foram praticados por policiais militares contra civis, sem qualquer relação com o serviço militar, bastando que usassem armamento da corporação.

Na maioria das vezes, os homicídios ocorriam em finais de semana, durante bebedeiras e/ou em discussões em família, sendo o policial militar julgado por seus pares nas auditorias militares.

Na sequência das inovações, entrou em vigor a Lei nº 9.296/96, que regulamentou a Constituição Federal no tópico que autoriza as interceptações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual. A nova Lei, cuja demora resultou em inúmeras absolvições devido à ilicitude das escutas telefônicas (“grampos”), até então não autorizadas, vem a representar um forte aliado à repressão criminal dos ilícitos mais graves, como tráfico de drogas, formação de quadrilhas e de grupos de extermínio, tráfico de influência e suborno nas repartições públicas.

A crítica dirigida à Lei nº 9.296/96, substancialmente, é de que o legislador ordinário teria quase que esvaziado a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas ao autorizar sua interceptação para qualquer crime punido com reclusão, deixando de observar o chamado princípio da proporcionalidade, considerado implícito nas constituições atuais do mundo inteiro, significando que uma garantia fundamental somente pode ser sacrificada quando o fim visado pela lei estiver plenamente justificado, diante do balanceamento dos direitos em colisão.

Na parte processual, a Lei prevê que a autorização para a interceptação telefônica será processada em autos apartados, “preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas” (art. 8º). Cumpre observar, como alerta o ministro Vicente Cernicchiaro (apud GOMES; CERVINI, 1997, p. 191), que

Evidente, a interceptação não pode colher a conversa do indiciado, ou do réu com seu advogado. Vou além.

De qualquer pessoa que procure o profissional a fim de aconselhar-se porque praticara uma infração penal. Será contraditório o Estado obrigar o advogado a guardar segredo profissional e imiscuir-se na conversa e dela valer-se para punir o cliente. O Direito não admite contradição lógica!

2 Questões de Direito Intertemporal

Na sucessão de leis penais no tempo é aplicável o princípio constitucional da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º).

A lei penal velha, revogada, se for melhor para o acusado, tem ultratividade. De outra parte, sendo a lei nova melhor, ela tem retroatividade, sempre visando atender ao princípio da lei mais benéfica como direito individual do cidadão.

Já a lei processual tem vigência imediata, respeitando-se os atos praticados sob a vigência da lei anterior (CPP, art. 3º). Costuma a doutrina afirmar que na sucessão das leis processuais não se aplica o princípio da lei mais benéfica, restrito à matéria exclusivamente penal.

Há, ainda, as chamadas “normas mistas”, cujo conteúdo alberga matéria penal e também processual.

Nesse tipo de normas é que reside a perplexidade de alguns operadores do Direito, a quem não resta nítida a percepção do que seja de aplicação imediata ou do que deva retroagir.

Quando ocorrem mudanças nos procedimentos ou transferência de competência, geralmente o legislador dissipa todas as dúvidas, esclarecendo como os atos serão aproveitados (LICPP, art. 6º, § 1º). Sucede que, anteriormente, as mudanças no processo estavam sendo operadas sem a ressalva do Direito Intertemporal, deixando os doutrinadores com opiniões discrepantes.

Tal ocorreu com a Lei nº 9.299/96, que transferiu para o júri popular o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civis, mas não esclarece se os atos processuais já praticados na justiça castrense seriam apenas ratificados ou seriam todos renovados, na justiça comum.

A professora Ada Pellegrini Grinover (1992) entende que, no caso, existiria incompetência de justiça e, dada a excepcionalidade da justiça militar, os atos seriam inexistentes, devendo o

processo ser totalmente renovado.

A opinião da professora Ada Pellegrini tem também a simpatia deste autor, pois é direito do cidadão ser “processado e julgado pela autoridade competente” (CF, art. 5º), ou seja, perante o seu juiz natural ou constitucional.

Aliás, como bem observa a eminente professora de São Paulo, a ratificação dos atos processuais somente é cabível quando se trata de incompetência de foro e não de justiça, como no presente caso, sendo inaplicável o artigo 567 do Código de Processo Penal.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal pacificou a jurisprudência no sentido de que os atos praticados na justiça militar são ratificáveis na justiça comum, não havendo que falar em inexistência dos atos praticados pela suposta excepcionalidade da justiça militar.

Eis o julgado:

Processual Penal. Justiça estadual comum e Justiça Militar estadual. Prosseguimento, numa, da ação penal iniciada na outra, com o aproveitamento dos atos da instrução criminal. Solução decorrente dos arts. 507 e 508 do Código de Processo Penal Militar, também prevista no art. 567 do Código de Processo Penal Comum. Admissibilidade da providência. Precedentes: HC 58.327, 1ª Turma, acórdão de 31.10.80 (STF. RECr 93.277, GO, Relator: Min. Décio Miranda, 2ª Turma, DJ: 21.11.80, DP: DJ 05-12-1980 pp. 10358 Ement v. 01195-03 pp. 00721 RTJ v. 00096-03 pp. 00943).

Outra consequência da Lei nº 9.299/96 foi a revogação da Súmula nº 47, do Superior Tribunal de Justiça, que tem a seguinte ementa: “Compete à Justiça Militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de arma pertencente à corporação, mesmo não estando em serviço”.

No que tange à Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais, as normas mais benéficas são aquelas que autorizam o acordo civil que acarreta a extinção da punibilidade; a exigência de “representação” nos crimes de lesão grave e culposa; a suspensão condicional do processo; e a transação penal, todas elas de aplicação retroativa.

A dúvida reside em saber se os novos institutos são aplicáveis unicamente no âmbito dos juizados especiais ou se têm aplicação nas outras justiças (Comum: Federal e Estadual; Especial: Militar e Eleitoral).

As primeiras interpretações foram no sentido de que esses novos institutos transcendem os juizados especiais, porque mais benéficos, e sua restrição implicaria inconstitucionalidade por dois motivos: a lei mais benéfica não estaria sendo aplicada e a restrição ofenderia o princípio da isonomia entre os acusados.

Mais recentemente, alguns autores demonstraram que as normas mais benéficas, de cunho geral, são aquelas que autorizam a suspensão condicional do processo e a exigência de representação nos crimes de lesão leve e lesão culposa. Ressaltam que o acordo civil e a transação penal são fases do procedimento sumaríssimo, exclusivo dos juizados.

Na Justiça Federal de 1ª Instância tem sido comum a proposta de suspensão condicional do processo, geralmente em casos de descaminho, furtos, apropriações indébitas e estelionatos. O maior entrave para as propostas de suspensão deve-se à circunstância de o crime de estelionato ser praticado contra “entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência” (CP, art. 171, § 3º), impondo-se o aumento de um terço sobre a pena mínima, inviabilizando a proposta.

A jurisprudência tem admitido a suspensão do processo em qualquer das justiças (comum ou especial), bem como a exigência de representação do ofendido nos casos de lesão leve e culposa, determinando a sua aplicação retroativa, por se tratar de norma penal mais benéfica:

Denúncia, Crime de lesão corporal leve. Superveniência da Lei Federal nº 9.099/95. Infração que se tornou perseguida mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Delação postulatória indispensável ao válido ajuizamento da ação. Elemento subordinante da atividade de persecução penal desenvolvida pelo Estado. Retroatividade dos arts. 88 e 91 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Prescrições que se qualificam com natureza penal e de conteúdo material. Notificação do ofendido para representar. Julga-

mento convertido em diligência. Se a ação pública já foi iniciada, pelo órgão do Ministério Público, através de anuência do ofendido, que deverá ser notificado a fim de manifestar-se sob pena de decadência.

O Supremo Tribunal Federal, mediante voto do eminente ministro Celso de Mello, decidiu pela aplicabilidade das normas mais benéficas da Lei nº 9.099/95 perante qualquer justiça, inclusive no processo de competência originária dos Tribunais Superiores, com a seguinte ementa:

Ementa. Inquérito. Questão de ordem, Crime de lesões corporais leves imputado a deputado federal. Exigência superveniente de representação do ofendido estabelecida pela Lei nº 9.099/95 (arts. 88 e 91), que instituiu os Juizados Especiais Criminais. Ação Penal pública condicionada. Norma penal benéfica. Aplicabilidade imediata do art. 91 da Lei nº 9.099/95 aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal. Crime de lesões corporais leves. Ação penal Pública condicionada. (STF. Inquérito 1055 QO / AM – Amazonas. Relator (a): Min. Celso de Mello. Publicação: DJ DATA-24-05-96 pp-17412 Ement vol-01829-01 pp-00028. Julgamento: 24/04/1996 - Tribunal Pleno).

Por outro lado, a Lei nº 9.271/96, que deu novo tratamento à revelia, modificando o artigo 366 do Código de Processo Penal, também chegou a suscitar grandes divergências doutrinárias.

A dúvida reside porque o artigo 366 determina a suspensão do processo (matéria processual) e também a suspensão de prescrição (matéria penal).

Há uma corrente doutrinária entendendo que a referida norma do artigo 366 é mais benéfica quando determina a suspensão do processo. Nesse sentido, todos os processos criminais ainda sem trânsito em julgado estariam sujeitos à suspensão, anulando-se a sentença proferida até que o acusado compareça em juízo. Para essa corrente, estaria superada a noção de que somente retroagiria a lei penal mais benéfica, pois “o que importa é

a afetação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, todas as leis que modificam esse eixo central estabelecido pela Constituição devem contar com as mesmas consequências jurídicas". É a doutrina do "*substantial right*" do direito norte-americano, como enfaticamente realça o professor Luiz Flávio Gomes (1996, p. 142-143). Tem-se notícias de que o Tribunal de Justiça de São Paulo estava, na época, inclinado por essa orientação.

Por outro lado, é sabido que as normas processuais têm vigência imediata, não retroagindo para revogar os atos praticados sob vigência de lei anterior. É o princípio de *tempus regit actum*, ou seja, o ato processual é regido conforme a lei vigente à época da sua realização.

Por esse motivo, o saudoso professor Assis Toledo, em expressivo voto quando ministro do STJ, ao apreciar a distinção entre normas penais e normas processuais, destacando a irretroatividade da lei dos crimes hediondos quanto à proibição da liberdade provisória aos processos em que tal medida havia sido concedida, bem esclareceu o seu posicionamento dizendo:

O princípio da exigência de anterioridade da lei em relação ao crime e à pena não se estende às normas do processo e de execução em relação às quais vigora a regra da anterioridade da lei frente ao ato processual, não ao fato criminoso. Mas, aplicando-se a norma processual nova aos processos em curso, "sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior" (art. 13 do CPP), não poderia o acórdão em exame cassar liberdade provisória regularmente concedida a acusado de estupro, na vigência de lei anterior, pelo só argumento da vedação superveniente, contida na lei de crimes hediondos (art. 2º, II, da Lei 8.072/90 (STJ. HC nº 2.086, PE. Relator: Min. Assis Toledo. DJ: 18/10//1993. OJ: 5a Turma. DP: 08/11/1993, p. 23569, LEXSTJ v. 61 p. 324, RSTJ v. 73, p. 53 e RT v. 710, p. 337).

Alguns juízes passaram a adotar a orientação do professor Assis Toledo, suspendendo o processo para os casos pendentes somente quando não havia ainda sido decretada a revelia, ou seja, não retroagindo a norma processual, o que constitui, na opinião deste autor, a posição mais acertada.

No que tange à suspensão da prescrição, o entendimento era de que não se aplicava aos fatos anteriores à mudança do artigo 366 do código de Processo Penal.

Finalmente, o STF chegou a pacificar a matéria no sentido de que a norma do artigo 366 é incindível, quer dizer, deve, simultaneamente, suspender o processo e o curso do prazo prescricional. E, mais recentemente, o STJ editou a Súmula nº 415¹, fixando o prazo máximo para a suspensão da prescrição, que seria pela pena máxima do crime pelo qual responde o acusado. A revogação tem fundamento na premissa de que os crimes imprescritíveis estão previstos na própria Constituição Federal, e o art. 366 poderia transformar todos os crimes nessa categoria.

Quanto às mudanças referentes à pena de multa, por se tratar de normas penais mais benéficas, retroagirão em favor dos acusados que cometeram crimes ou já foram condenados por fatos anteriores, desde que ainda não tenham recolhido o valor correspondente à pena de multa imposta.

Assim, se o acusado por fato anterior estiver em fase de execução da sentença, o juiz deverá sustar a cobrança, remetendo as peças necessárias para a Fazenda Pública inscrever o débito e cobrá-lo; se o juiz tiver determinado a conversão da pena de multa em detenção, deverá também revogar o seu despacho, bem como se o réu estiver cumprindo pena, em razão de conversão, deverá ser imediatamente liberado, podendo a Fazenda executar a diferença dos dias-multa.

São essas as questões emergentes de Direito Intertemporal.

Conclui-se o presente trabalho com a certeza de que os operadores do Direito estão agindo com serenidade para efetivar as mudanças operadas, atendendo tanto ao espírito da lei como, principalmente, à grave responsabilidade funcional de aplicar a lei de forma a atender aos verdadeiros sentimentos da nação, numa verdadeira cruzada cívica pela tão almejada paz social.

¹ Súmula 415, STJ - O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

Referências

BINDER, Alberto M. In: **Forum Internacional de Direito Penal Comparado**. Salvador -BA. Editora Ciência Jurídica, p. 179-198. Ano 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 1055 QO / AM – Amazonas**, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ: 21.11.80, DP: DJ 05-12-1980 pp. 10358 Ement v. 01195-03 pp. 00721 RTJ v. 00096-03 pp. 00943. Publ.: DJ Data-24-05-96 pp-17412 Ement vol-01829-01 pp-00028•Julg.: 24/04/1996. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702049/questao-de-ordem-no-inquerito-inq-1055-am>><http://jus.com.br/artigos/5078/juizados-especiais-criminais#ixzz3rgDfUbnN>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 2.086, PE**. Relator: Min. Assis Toledo. DJ: 18/10//1993. OJ: 5a Turma. DP: 08/11/1993, p. 23569, LEXSTJ v. 61 p. 324, RSTJ v. 73, p. 53 e RT v. 710, p. 337.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECr nº 93.277, GO**, Relator: Min. Décio Miranda, 2ª Turma, DJ: 21.11.80, DP: DJ 05-12-1980 pp. 10358 Ement v. 01195-03 pp. 00721 RTJ v. 00096-03 pp. 00943.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU de 13.10.1941** (publicação) e de 24.10.1941 (retificação). Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **DOU de 31.12.1940** (publicação) e de 3.1.1941 (retificação). Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

DOTTI, René Ariel. As mudanças no Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 127-138, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. A retroatividade da Lei nº 9.271/96 (Citação por edital). **Revista do Tribunal Federal 1ª Região**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 141-145, jul./set. 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo tratamento da revelia no Processo Penal. **IBCCrim**, Boletim nº 42, p. 17-26, 1996.

_____. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 1992.

JESUS, Damásio de. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEORIA DA JUSTIÇA: SUA RELEVÂNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA PRÁTICA JURÍDICA ÉTICA E DEMOCRÁTICA¹

THEORY OF JUSTICE: RELEVANCE FOR CONSTRUCTION OF AN ETHICS AND DEMOCRATIC LEGAL PRACTICE

Natércia Sampaio Siqueira

Procuradora-Fiscal do Município de Fortaleza.
Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.
Mestre em Direito Tributário pela
Universidade Federal de Minas Gerais.
Professora do Programa de Pós-graduação em Direito
da Universidade de Fortaleza
E-mail: naterciasiqueira@uahoo.com.br

Marcelo Sampaio Siqueira

Procurador-Chefe da Prodesp do Município de Fortaleza.
Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
Professor Titular V da Faculdade 7 de Setembro.
E-mail: msiqueira@siqueiraibiapina.com.br

Sumário: 1 Introdução; 2 Os desafios da assistematidade e do subjetivismo; 3 Dworkin e Perelman: da verdade à interpretação e argumentação; 4 Para a construção de um Direito sério e responsável; 4.1 O conhecimento totalizante; 4.2 Incursão pela Filosofia; 4.3 A Teoria da Justiça; 5 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 The challenges of unsystematic and subjectivism; 3 Dworkin and Perelman: from truth to interpretation and argumentation; 4 To construct a serious and responsible Law; 4.1 The

¹ Versão modificada e ampliada do texto contido no capítulo 14 do livro: SIQUEIRA, Natércia Sampaio (Coord.) **Teoria da justiça**: reflexões contemporâneas. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2015.

totalizing knowledge; 4.2 Incursion by Philosophy; 4.3 Theory of Justice; 5 Final considerations; References.

Resumo: O presente artigo aborda a Filosofia como fonte de significado para o conhecimento, burilamento e construção de eixos de valores imprescindíveis à escorreita interpretação das normas. Defende a ideia de que a positivação dos direitos naturais por textos constitucionais não significa o fim da análise filosófica do Direito. E evidencia que o enfoque da teoria da justiça do Direito de Dworkin e Perelman permite a integração dos eixos axiológicos sob os quais se desenvolve o Direito e sua construção prática.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Interpretação. Construção do Direito.

Abstract: This article discusses the Philosophy as a source of meaning for knowledge, improvement and building values axes essential to the correct interpretation of the rules. Advocates the idea that the establishment of natural rights by constitutional texts doesn't mean the end of philosophical analysis of Law. And put in evidence that the focus of Dworkin and Perelman's Law justice theory allows the integration of axiological axes under which develops the Law and its practical construction.

Keywords: Philosophy of Law. Interpretation. Build of Law.

1 Introdução

A constitucionalização dos direitos naturais no contexto de redemocratização demandou uma rápida adaptação hermenêutica e institucional da prática jurídica brasileira. Dentre inúmeros efeitos positivos da iniciativa alguns riscos se descortinam: o subjetivismo, a arbitrariedade, a assistemática. Nesse panorama, levanta-se a tese de que o estudo da Filosofia do Direito, em especial da teoria da justiça, mostra-se elementar para remediar o caráter casuístico e por vezes arbitrário de uma prática jurídica que se tem revelado eminente, axiológica.

Para tanto, empregando pesquisa bibliográfica, com esteio na doutrina nacional e estrangeira, o presente trabalho desenvolve-se pelo seguinte roteiro: em primeiro momento analisa as

características da prática jurídica brasileira que hoje se fazem sentir. Posteriormente trabalha a natureza do Direito como prática interpretativa e de argumentação. Em um terceiro momento analisa o necessário enfoque totalizante do Direito, com especial ênfase na Filosofia. Ao final, discute a relevância da abordagem pela teoria da justiça do Direito Positivo, de maneira que a prática jurídica se vá estruturando de forma séria, racional e coerente; portanto legítima, uma vez que apta a angariar a adesão do auditório.

O objetivo do trabalho é analisar se a Teoria da Justiça possibilita que se identifiquem os critérios axiológicos integradores do Direito, de maneira que a prática jurídica vá se construindo de forma intencionalmente coerente e sistemática.

2 Os desafios da assistemática e do subjetivismo

Enquanto na Europa, já no início do século XX, passou-se a questionar o positivismo jurídico, o silogismo legal e a analogia do fenômeno jurídico aos fenômenos naturais, no Brasil, durante boa parte do mesmo período, manteve-se a perspectiva legal, formalista e imputacional do Direito. Inclusive durante a sua segunda metade, o que se explica pelo advento da ditadura militar, que por coerência ideológica afastava do Judiciário e dos aplicadores do Direito a possibilidade de vivenciá-lo mediante análise crítica e axiológica. O Direito se caracterizava pela força: era Direito enquanto dotado de coação e coerção pelo Estado.

Ocorreu, entretanto, rápida guinada na forma de se pensar, conceber e vivenciar o Direito com o fim da ditadura militar e a promulgação da Constituição de 1988. Sem que nunca se tivesse tido uma efetiva experiência histórica, política e social dos vários princípios e funções que foram albergados pelo texto pluralista de 88, o Brasil vê-se às voltas com uma carta constitucional verdadeiramente democrática, que passou a abrigar aspirações de diferentes ordens axiológicas.

O novo texto constitucional, por sua vez, demandou uma rápida adaptação institucional e hermenêutica do Direito brasileiro, resultando em uma série de consequências: a “fundamentalização” “acrítica” e “casuística” do Direito. “Fundamentalização”, porque a hermenêutica constitucional que se passou a praticar,

pretensamente compatível com a nova constituição democrática, adota por pressuposto lógico a prevalência dos princípios e regras constitucionais sobre as leis, decretos e demais entes normativos. Por consequência, a política legislativa viu-se superável pela juridicidade constitucional, com a crescente subjugação da Política ao Direito. “Acrítica”, porque a nova abordagem hermenêutica passou a ser adotada com matizes dogmáticos. Mas não só: a inserção aligeirada de princípios hermenêuticos, como o da proporcionalidade, a orientar o sopesamento principiológico, tem levado à adoção do subjetivismo escondido nas dobras das peculiaridades fáticas sem consideração crítica, coerente e efetivamente substancial dos princípios constantes da Constituição Federal. Por consequência, vai-se construindo e costurando um Direito tópico e “casuístico”, sem preocupações com a sistematidade e a coerência.

A acriticidade e a ausência de coerência na interpretação jurídica respondem, por sua vez, pela falha no que se pode falar da qualidade hermenêutica do Direito. Tanto mais grave, quando prolifera a cultura do silogismo dos precedentes, muitas vezes construídos ao sabor do subjetivismo disfarçado nas prioridades e urgências do caso concreto. Do silogismo legal, corre-se o risco da adoção do silogismo do precedente: a acriticidade e consequente carência ética prosseguem, mas de forma mais sorrateira do que no silogismo legal, já que o precedente, a materializar a pretensa técnica hermenêutica do silogismo, estaria a atender à axiologia democrática própria da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, torna-se mais do que relevante o Estudo da Teoria da Justiça, que propicia manancial crítico, coerente e ético ao Direito, apto a legitimá-lo na cultura democrática. A positivação dos direitos naturais não significa o final da incursão dos estudos jurídicos no âmbito da Filosofia; ao contrário! A indefinição semântica de expressões como liberdade, dignidade e equidade, que aqui são mencionadas a título de exemplificação, demanda mais do que a análise das urgências fáticas e do que a arguição de novas certezas apriorísticas e dogmáticas. Antes, faz-se fundamental o conhecimento e estudo da Filosofia. Mais especificamente da justiça, que possibilita a identificação do critério basilar de distribuição dos bens sociais primários no contexto iminente de escassez de recursos.

É fundamental, no momento já se pode fazer essa afirmação, que se busquem e pensem critérios axiológicos de legitimidade, integração e coerência do Direito que possibilitem a vivência de uma prática jurídica ética e responsável. Tal busca não se esgota em textos normativos ou peculiaridades fáticas. Antes, envolve atividade bem mais complexa, reflexiva e refinada. É o que se pretende demonstrar no decorrer deste trabalho.

3 Dworkin e Perelman: da verdade à interpretação e argumentação

Na busca de delimitar os elementos necessários à construção de uma prática jurídica ética, opta-se por adotar como marco teórico a compreensão de que o Direito é prática, eminente, interpretativa e argumentativa. Da primeira afirmação, obtém-se conhecimento de Dworkin (2011), que há tempos trata a questão do ceticismo a partir da indagação da possibilidade de se trabalhar o Direito sob a perspectiva da resposta correta. E ele o faz mediante a concepção de que o Direito não é questão semântica, mas interpretativa. Ou seja: o jurista não possui a tarefa de definir o conteúdo semântico das palavras nas quais vazados os precedentes e textos normativos: antes, cabe-lhe interpretar o Direito como um todo, na busca de revelá-lo em suas melhores luzes na resolução do caso concreto.

O trabalho do jurista seria parecido com o do dramaturgo, que se debate sobre a maneira de melhor adaptar um texto teatral de outrora aos dias contemporâneos, ou do crítico de arte, que se questiona acerca do significado de um quadro, ou do romancista em cadeia (DWORKIN, 2011). Ambas as empreitadas são interpretativas e constitutivas: busca-se ser fiel à integralidade do dado interpretado, mas com o propósito de revelá-lo com as melhores luzes no caso concreto. São, portanto, tarefas do jurista: fidelidade e criação.

Ainda importa ressaltar que Dworkin confere destaque especial à coerência, que aliás passará a ser uns dos elementos onipresentes em sua vasta obra, que trata da hermenêutica ao liberalismo, de pornografia ao aborto, da arte ao mercado. Em se tratando propriamente de hermenêutica, adota como melhor

concepção interpretativa do Direito aquela que o compreende como a “integridade” de princípios:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por essa razão, afastar-se da estreita das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema. (DWORKIN, 2011, p. 264).

A integridade revela a coerência e sistematicidade do todo. O Direito é, então, prática interpretativa, realizada mediante esforço de coerência com o todo. Como tal, não implica mera compreensão de como um fato ou instituto funciona:

Can you imagine a moral philosopher speaking that way? “I will tell you how morality works – progressive income taxes are wicked – but no one can understand why they are wicked. You must understand Morality as She is – absurd”. It is always appropriate to ask why morality requires what we say it does, and never appropriate to say: it just does. Very often, of course, we cannot say much more than that. We might say: “Torture just is wrong, and that’s all there is to it”. But this is only impatience or lack of imagination: it expresses not responsibility but its opposite. (DWORKIN, 2011b, p. 115).²

Antes, a interpretação é compreendida como “correta” quando é exposta mediante razões adequadas, o que demanda articulação coerente:

² Tradução livre dos autores: “Você pode imaginar um filósofo moral falando assim: ‘Eu vou dizer-lhe como a moralidade funciona – impostos progressivos são perversos - mas ninguém consegue entender porque o são. Você deve entender a moralidade como ela é – absurda. É sempre apropriado perguntar por que a moralidade exige o que nós dizemos que ela faz, e nunca dizer: ela simplesmente faz. Na maioria das vezes, é claro, nós não podemos dizer muito mais do que isso. Poderíamos dizer: ‘Torturar é simplesmente errado, e isso é tudo que se pode dizer desse ato’. Mas isso é apenas impaciência ou falta de imaginação: não expressa responsabilidade, mas o seu contrário.”

[...] The truth of any true moral judgment consists in the truth of an indefinite number of other moral judgments. And its truth provides part of what constitutes the truth of any of those others. There is no hierarchy of moral principles built on axiomatic foundations; we rule that out when we dismiss morons from our ontology (DWORKIN, 2011b, p. 117).³

Mas compreender o Direito como prática interpretativa, que se constrói pela exposição coerente de razões adequadas e não pela demonstração de um fato, pressupõe o esforço do diálogo. Sobre propriamente a prática do diálogo, desde meados do século XX já se dedica Perelman (1999), ao afirmar que o Direito não se realiza pela lógica formal da demonstração, mas pela lógica da argumentação, mediante provas dialéticas com o propósito do convencimento do auditório. Antes da verdade, que a todos submete, a prática jurídica se realizaria pelo esforço de persuasão sobre o preferível, o que pressupõe a integração de seus partícipes na construção de um diálogo jurídico (PERELMAN, 1999).

É rica a imagem que Perelman oferece: o Direito, antes de realizar-se por demonstração formal de subsunção do fato à norma e de aplicação desta àquele, realiza-se pela argumentação razoável, com o propósito de obter a aceitação do auditório. Nessa prática, o Direito ganha em legitimidade e democracia, visto que antes do império da lógica indutiva/dedutiva, passa-se à aceitabilidade dos argumentos.

Para que uma teoria seja considerada válida ou correta, não carece de ser logicamente enquadrável em parâmetros textuais preexistentes. Antes, demanda ser aceita, compreendida e legitimada pelo auditório; ou seja, pelas partes a quem se dirige, assim como a sociedade como um todo. A retórica enreda-se pelo esforço de persuasão e aceitação, o que exige conexão com a realidade, com os sentimentos e perspectivas sociais então vigentes. Mais ainda: o empenho de se construir uma prática interpretativa que soe séria e racional, portanto, aceitável.

³ Tradução livre dos autores: “A verdade de qualquer julgamento moral consiste na verdade de um indefinido número de outros juízos morais. E sua verdade provê parte do que constitui a verdade de qualquer desses outros. Não há hierarquia de princípios morais construídos em axiomática. Fundações; nós as descartamos quando afastamos partículas morais da nossa essência.”

4 Para a construção de um Direito sério e responsável

A apropriação de que o Direito é prática interpretativa, realizada na forma do diálogo, cuja meta imediata consiste na adesão à exposição séria e coerente do todo interpretado, demanda a incursão metadisciplinar pelo Direito, tanto para o conhecimento totalizante do fato como para o conhecimento totalizante da norma. A prática jurídica e o ensino tornam-se mais complexos com a apropriação da perspectiva de que o Direito não se realiza como demonstração de fatos, mas pela construção de razões adequadas e coerentes, aptas a ganhar a adesão do auditório mediato e imediato; por isso mesmo, legítimas.

4.1 O conhecimento totalizante

Não apenas nas questões de fato, como na compreensão mesmo da norma, o Direito não se revela apto a ser construído mediante atividade autista da realidade. A conexão com a realidade revela-se fundamental como elemento de aceitação, adesão e retórica; por consequência, de legitimação democrática da prática jurídica. Sem que se proceda ao processo de conhecimento no contexto do objeto cognoscível, é rarefeita a efetiva possibilidade de compreensão entre as partes envolvidas no fenômeno jurídico.

Mais do que causa de corrupção do Direito, o conhecimento totalizante do fenômeno jurídico é fator de compreensão mútua e recíproca. Ou seja, antes de se depurar o objeto do ambiente, como se este prejudicasse a pureza, cientificidade e autenticidade daquele, há que se compreender o objeto jurídico em inserção no meio. O Direito é objeto cultural, ou seja, integra uma cultura; isso se considerada como forma específica de manifestação de determinado povo. Em integrando, por via de consequência, a forma específica de como determinado povo se manifesta, o Direito deve ser pertinente à realidade que regula; deve ser propositadamente compreendido no contexto em que é produzido, de forma que seja apreendido como fenômeno inerente ao seu povo.

Isso significa que antes do conhecimento “especializado” da norma, pelo qual o fato seria apreensível numa relação de identidade com o texto, seja da lei ou de algum precedente judi-

cial, a prática jurídica deve aventurar-se pela multiplicidade do conhecimento, com enfoque no contexto, no global, no multidimensional e no complexo (MORIN, 2007). O Direito como um todo deve ser observado e compreendido na realidade em que é realizado, em conexão com os aspectos axiológicos, culturais e psicológicos dos agentes e destinatários e em consideração aos seus efeitos econômicos, culturais e sociais, mediante análise complexa a conectar todos esses aspectos. Várias abordagens epistemológicas têm sido trabalhadas nesse sentido.

Nos Estados Unidos, a Universidade de Chicago desenvolveu uma nova metodologia denominada de Law and Economics, na qual as leis e relações econômicas são analisadas com o intuito de adaptá-las e aplicá-las ao Direito, com o propósito imediato e principal de torná-lo eficiente. Mas não é só. Questões ligadas à bioética, como aborto, tratamento com célula tronco e eutanásia, dentre tantas outras, demandam incursão na ética médica com o propósito de elucidar a natureza das oposições que comumente lhes são levantadas: seriam fruto de concepções religiosas, filosóficas ou morais repletas de preconceitos e subjetivismos ou encontrariam respaldo na compreensão da Medicina do que seja a vida? De outra sorte, a análise de dados médicos sobre aborto e eutanásia permite apreender o impacto dessas práticas na saúde pública, possibilitando a catalogação, de forma racional e científica, dos seus efeitos negativos e positivos nas políticas públicas e no desenvolvimento social.

Em síntese, ao deparar com um caso jurídico, o aplicador ou o operador do Direito deve delimitar o fato, mas analisar de forma eficiente elementos sociais de natureza determinada ou não, que podem valorar a escuridão interpretativa da norma aplicável. Recentemente, em outubro de 2015, no processo Ext 1405⁴/DF - Distrito Federal, o Min. Luiz Fux, relator do processo, asseverou:

Como toda interpretação que se faz em torno dos chamados conceitos indeterminados, essa expressão deve ser objetivo de uma hermenêutica que leve em conta

⁴ Ext. 1405, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015, Acórdão Eletrônico DJe-251 Divulg 14-12-2015 Public 15-12-2015.

todas as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação. Como comumente se diz no âmbito da teoria do direito, trata-se de uma interpretação *all things considered* (consideradas todas as coisas).

Em suma, a compreensão contextualizada do Direito no meio em que é praticado permite não apenas o entendimento mútuo entre agentes, aplicadores e destinatários, o que fomenta a legitimidade da prática jurídica, como areja o direito a outros ramos do conhecimento, o que lhe possibilita eficiência, clareza, racionalização e mesmo pertinência. Sem que se negue a especificidade do evento jurídico, ele não o é de forma isolada: ele integra uma realidade, a qual se presta a organizar, cabendo-lhe, por essa razão, ser-lhe pertinente e assimilável.

4.2 Incursão pela Filosofia

Por outro lado, a norma jurídica não se limita à lei, alcançando a Constituição, que se encontra em posição de supremacia em relação àquela. A constituição, por sua vez, nos muitos Estados ocidentais, adquiriu caráter normativo e adotou princípios do Direito Natural: igualdade, justiça, liberdade, solidariedade e dignidade são exemplos. Tal alteração de perspectiva – positivamente constitucional do Direito Natural – não superou a necessidade do enfoque filosófico do Direito; pelo contrário. A Filosofia torna-se fundamental para que a prática jurídica possa incurionar por esses grandes marcos axiológicos sem descambar em subjetivismo e arbitrariedades.

É bem verdade que mesmo o positivismo demandou explicações de ordem filosófica e metodológica. Entretanto, permitiu a segmentação entre Direito e Filosofia, ao criar a ilusão de que as questões jurídicas se resolveriam pela lei, sem indagações sobre o correto e o justo. Mas a normatização e constitucionalização dos direitos fundamentais trouxeram a Filosofia de volta ao Direito, propiciando a construção de uma prática jurídica que comumente se questiona acerca da justiça da aplicação do texto normativo ao caso concreto.

Mas, nesse proceder, não é demais uma vez mais alertar, corre-se o risco do subjetivismo. Tanto maior com a incorporação

da técnica hermenêutica do sopesamento, que pressupõe a igualdade hierárquica dos diversos princípios e valores que integram a Constituição, com status de direitos fundamentais. A prioridade se daria, apenas e tão somente, no caso concreto, a depender das urgências e vicissitudes que apontassem para a prevalência de determinado princípio em relação a outro. Por esse proceder, não apenas não se leva em consideração a coerência, que aparece em diversos autores como elemento ético e hermenêutico imprescindível à correção e justiça de determinado pensamento ou interpretação, como faz-se das urgências do fato o Cavallo de Troia do subjetivismo do intérprete e aplicador.

Para além do sopesamento, deve-se incursionar pela Filosofia na compreensão desses eixos axiológicos, que compõem – e em alguma medida sempre compuseram –, o pensamento ocidental. A liberdade, a dignidade, a tolerância, a justiça, a autonomia, o arbítrio e mesmo o Direito são, de longa data, objeto de reflexão séria, ponderada e racional pelos maiores pensadores e artistas. A arte, em larga medida, nada mais é do que a manifestação estética desses valores.

Ou seja: a liberdade, a dignidade e a justiça, dentre outros valores, não se revelam como conteúdo aprioristicamente esgotável em sua literalidade, absolutamente cognoscível pela leitura textual da Constituição e outros documentos. Não são realidade que se possa encerrar em determinado momento ou documento histórico, ao qual uma remissão bastaria à sua compreensão e legitimação. Antes, apresentam conteúdo denso, complexo, analítico e sistemático. Como eixos axiológicos fundamentais ao Direito, eles o conduzem para outros ramos do conhecimento, em especial a Filosofia, que constitui a grande fonte de significado para o conhecimento, o burilamento e a construção desses eixos de valores.

4.3 A Teoria da Justiça

A Filosofia oferece o manancial de conteúdo indispensável para que se construa uma interpretação séria, racional e coerente do Direito. Este, como prática interpretativa, implica a compreensão coerente e sistemática do todo, que se revelaria séria, ética e fiel. Por via de consequência, apta a obter adesão do auditório.

Substância e coerência são elementos que se exigem da construção de uma interpretação séria. Por esse parâmetro, o enfoque da Teoria da Justiça revela-se elementar para a construção de uma prática jurídica ética, responsável e legítima. Isso porque a justiça tanto oferece a substância como a coerência para que se possa compreender o Direito, a partir dos seus eixos axiológicos cardeais, como um todo integrado.

Para se compreender essa assertiva, importa uma primeira afirmação conceitual basilar: a justiça trabalha com os critérios elementares de distribuição de bens, sejam eles riqueza, prerrogativas, prestígio, poder, funções, cargos, liberdades ou direitos. Não por menos, as questões de justiça estendem-se desde a esfera política até à esfera econômica e privada, fornecendo subsídios às mais elementares indagações sobre as instituições sociais basilares de uma democracia: existem princípios prévios de justiça que sejam condicionantes do processo político democrático ou ele possui plena disponibilidade sobre o conteúdo de suas decisões? A fundamentalização e a judicialização do Direito, ao reconhecerem uma crescente gama de princípios e direitos prévios e condicionantes do processo político democrático, são compatíveis com a democracia? O reconhecimento da igualdade e da liberdade como princípios elementares da justiça em uma democracia aplica-se à esfera privada ou limita-se ao espaço público? O paternalismo e o corporativismo estatal são compatíveis com os ideais democráticos? Qual o limite para obter implementação de políticas sociais: o mercado apresenta elementos axiológicos que devem ser observados como condicionantes à redistribuição de renda e patrimônio? É justo que uma pessoa possua maior riqueza, recursos, poder e prestígio do que outras em razão das suas aptidões e talentos naturais? As características referentes ao sexo, idade, raça, família, assim como as debilidades físicas e mentais, devem ser levadas em consideração por uma política pública de distribuição de riqueza e alocação de direitos?

As respostas a esses questionamentos basilares às mais relevantes instituições sociais, a exemplo da Política, da Economia, do mercado, do Direito, da família e da cultura, devem ser buscadas mediante o burilamento e a construção de critérios elementares de distribuição dos bens sociais. Em diferentes momentos, diferentes foram os critérios adotados: pelo pensamento grego,

os critérios de distribuição dos bens sociais eram elaborados mediante perspectiva teleológica, o que teve prosseguimento durante o pensamento cristão medieval. Apenas com autores modernos e contemporâneos se passou a pensar a agência humana tanto na Política, como na Economia, na Ética e na história de vida pessoal. Com isso, a liberdade e a responsabilidade passaram a funcionar como principais critérios de distribuição de bens sociais em uma sociedade democrática.

Ou seja, a teoria da justiça fornece os critérios mediante os quais se deve analisar a distribuição basilar dos bens e recursos sociais em determinada sociedade. Ela permite que se vá construindo uma compreensão coerente e integrada dos vários institutos que compõem sua base. Fortalece, por via de consequência, a legitimidade da axiologia que informa a estrutura social: isso ao partir-se do pressuposto de que a coerência e a publicização são elementos importantes para a aceitação de determinado dado.

Poder-se-ia tratar de vários pensadores que fazem a conexão entre o correto e a coerência por repelirem a arbitrariedade do pensamento justo: Kant, Hanna Arendt, Dworkin. Isso sem falar que a tradição do pensamento judaico-cristão resguarda a coerência como um de seus elementos formais prioritários à ação correta, o que pode ser lido na proibição de “se fazer ao outro o que não se gostaria que fosse feito a si mesmo”. O Justo e o ético exigem o elemento formal da coerência; o mandamento de se construir respostas e ações de forma integrada e não arbitrária. É precisamente sob esse enfoque que atua a teoria da justiça: fornece os critérios axiológicos elementares da distribuição basilar de bens sociais, a partir dos quais se estruturam as instituições cardeais de uma sociedade. O foco na justiça possibilita a construção de um Direito integrado, que vá tratando dessas questões estruturais referentes à política, à judicialização, à família, à propriedade e ao mercado de forma coerente e, por isso mesmo, identificável e compreensível.

Ou por outras palavras, a Teoria da justiça, ao integrar o Direito à sua axiologia fundamental, disponibiliza a identificação de um critério coerente de informação, o que, por via de consequência, o torna disponível ao debate e à efetiva apropriação pela cultura democrática de uma sociedade.

5 Considerações finais

A positivação dos direitos naturais por textos constitucionais não significa o fim da análise filosófica do Direito. Pelo contrário! A liberdade, a dignidade e a justiça, dentre outros valores, não se revelam com conteúdo aprioristicamente esgotável em sua literalidade, absolutamente cognoscível pela leitura textual da Constituição e de outros documentos. Não são realidade cuja gênese se possa locar em determinado momento ou documento histórico, de forma que a mera remissão bastaria à sua compreensão e legitimação. Antes, apresentam conteúdo denso, complexo, analítico e sistemático. Como eixos axiológicos fundamentais ao Direito, arejam-no para outros ramos do conhecimento, em especial a Filosofia. A Filosofia é a grande fonte de significado para o conhecimento, o burilamento e a construção desses eixos de valores.

Em especial, o enfoque na teoria da justiça revela-se primordial à construção de uma prática jurídica ética e legítima. A “justiça” trabalha com os critérios elementares de distribuição de bens, sejam eles riqueza, prerrogativas, prestígio, poder, funções, cargos, liberdades ou direitos. Não por menos, as questões de justiça estendem-se desde a esfera Política, até à esfera Econômica e privada. Dessa forma, ao trabalhar-se com a teoria da justiça, possibilita-se o enfoque coerente e integrado dos vários institutos que compõem a base de uma sociedade.

No que de perto interessa à prática jurídica, o enfoque na teoria de justiça do Direito Positivo favorece a construção coerente e sistemática do Direito, uma vez que permite e possibilita a demarcação do elemento integrador dos eixos axiológicos sob os quais se desenvolve, constrói e vivencia essa Ciência. A coerência, por si, é elemento formal necessário ao sentimento de racionalidade e seriedade da prática jurídica. Mas ela também auxilia na publicidade: por levar ao conhecimento os critérios integradores definidos e específicos, torna possível que a sociedade se aproprie desses eixos axiológicos elementares. E os descortine, trabalhe, debata e integre à cultura pública democrática de forma intencional e deliberada.

Referências

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011a.

_____. **Justice for hedgehogs**. Massachusetts: Harvard University Press, 2011b.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. Silva e Jeanne Sawaya. 12. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

**PARECER Nº 551/2015 – CONS.
PROCESSO Nº P627443/2015.
INTERESSADO: SECRETARIA DE URBANISMO E
MEIO AMBIENTE – SEUMA.
ASSUNTO: AUTO DE INFRAÇÃO DO CONSELHO DE
ARQUITETURA E URBANISMO – CAU/CE.**

Ementa: AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELO CAU/CE EM FACE DA SEUMA. FUNDAMENTO NO ART. 7º, X DA LEI FEDERAL Nº 12.378/2010 E NO ART. 35, X e XI DA RESOLUÇÃO Nº 22/2012 DO CAU/BR. ALEGAÇÃO DE QUE A SECRETARIA MUNICIPAL EM QUESTÃO EXERCE ATIVIDADES PRIVATIVAS DE ARQUITETOS E URBANISTAS SEM REGISTRO NO CONSELHO PROFISSIONAL RESPECTIVO. I – Inviabilidade jurídica da submissão das entidades públicas ao poder de polícia exercido pelos Conselhos Profissionais; II – A execução das atribuições de competência da SEUMA por seus departamentos internos extrai sua fonte de validade essencialmente da Constituição Federal e da Lei Orgânica Municipal. A legislação que rege a atividade profissional de Arquitetura e Urbanismo não se sobrepõe àquelas fontes normativas; III – Presença de vício formal do auto de infração, uma vez que a SEUMA é órgão público, não possuindo personalidade jurídica; IV – Reconhecimento, outrossim, da presença de vício material no auto de infração lavrado pelo CAU/CE. Recomendação de ajuizamento de ação judicial a fim de que seja declarada nula a referida multa.

Tratam os autos de processo administrativo iniciado a partir do Ofício nº 1318/2015-ASJUR/SEUMA por meio do qual a Secretária Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente encaminha para apreciação do Procurador-Geral do Município auto de infração lavrado pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU/CE em face do referido órgão público municipal.

O feito tramitou inicialmente na Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente – PROURMA, com posterior remessa dos autos à Consultoria (fls. 3/4).

Em apenso aos autos principais consta o Processo nº 5922015 – SEUMA contendo auto de infração lavrado pelo CAU/CE em face da SEUMA no valor de R\$ 4.393,80, com fundamento no art. 7º, X da Lei Federal nº 12.378/2010 e no art. 35, XI da Resolução nº 22/2012 do CAU/BR (fls. 2), despacho da Assessoria Jurídica da SEUMA (fls. 5) e Folha de Informação da Coordenadoria Administrativo Financeira da SEUMA, sugerindo a remessa dos autos à PGM para apreciação do tema.

É o relatório. Passo a opinar.

A liberdade de exercício de qualquer profissão é um direito fundamental assegurado pelo art. 5º, XIII da Magna Carta de 1988. O mesmo preceito constitucional estabelece também a possibilidade de serem estabelecidas restrições ou condicionantes legais àquele direito individual, senão vejamos:

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

[...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;**

[...] (Grifou-se).

A autorização do estabelecimento de “qualificações profissionais” mediante lei visa conformar o exercício da atividade profissional ao interesse da coletividade e a outros direitos fundamentais também previstos na Carta Política, como a vida e a saúde. Nesse tocante, cumpre salientar que o Estado de Direito não tolera o exercício incondicional e absoluto de um direito fundamental, sob pena de aniquilação de outros direitos de igual estatura constitucional.

Noutro vértice, há de se destacar a competência legislativa privativa da União para determinar as condições necessárias ao

exercício das atividades profissionais, nos termos do art. 22, XVI da CF/88, assim redigido:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XVI - organização do sistema nacional de emprego e **condições para o exercício de profissões;**

[...] (Grifou-se)

É nesse cenário jurídico-constitucional que se inserem os Conselhos de Fiscalização Profissional enquanto entidades voltadas ao controle do exercício das profissões regulamentadas, e, portanto, dotadas de poder de polícia diante da execução de atividade típica de Estado¹.

No caso da profissão de arquiteto e urbanista, a Lei Federal nº 12.378/2010 instituiu no art. 24 o Conselho Federal e os Conselhos Estaduais correlatos, prevendo suas atribuições. Confira-se:

Art. 24 – Ficam criados o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal - CAUs, como autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira e estrutura federativa, cujas atividades serão custeadas exclusivamente pelas próprias rendas.

¹ O STF adota o entendimento de que os Conselhos Profissionais são autarquias, possuindo natureza jurídica de direito público. Nesse sentido: “*Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. 1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores. 2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026)”. (MS 28469 AgR-segundo/DF, Rel: Min. Dias Toffoli, Rel. (a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-087 DIVULG 09-05-2013 PUBLIC 10-05-2013).*

§ 1º – O CAU/BR e os CAUs têm como função orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de arquitetura e urbanismo, zelar pela fiel observância dos princípios de ética e disciplina da classe em todo o território nacional, bem como pugnar pelo aperfeiçoamento do exercício da arquitetura e urbanismo.

O mesmo diploma legal trouxe o arcabouço normativo que regula o exercício dessa atividade, cabendo destacar o disposto no arts. 2º, *in verbis*:

Art. 2º – As atividades e atribuições do arquiteto e urbanista consistem em:

I – supervisão, coordenação, gestão e orientação técnica;

II – coleta de dados, estudo, planejamento, projeto e especificação;

III – estudo de viabilidade técnica e ambiental;

IV – assistência técnica, assessoria e consultoria;

V – direção de obras e de serviço técnico;

VI – vistoria, perícia, avaliação, monitoramento, laudo, parecer técnico, auditoria e arbitragem;

VII – desempenho de cargo e função técnica;

VIII – treinamento, ensino, pesquisa e extensão universitária;

IX – desenvolvimento, análise, experimentação, ensaio, padronização, mensuração e controle de qualidade;

X – elaboração de orçamento;

XI – produção e divulgação técnica especializada; e

XII – execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico.

Parágrafo único. As atividades de que trata este artigo aplicam-se aos seguintes campos de atuação no setor:

I – da Arquitetura e Urbanismo, concepção e execução de projetos;

II – da Arquitetura de Interiores, concepção e execução de projetos de ambientes;

III – da Arquitetura Paisagística, concepção e execução de projetos para espaços externos, livres e abertos, privados

ou públicos, como parques e praças, considerados isoladamente ou em sistemas, dentro de várias escalas, inclusive a territorial;

IV – do Patrimônio Histórico Cultural e Artístico, arquitetônico, urbanístico, paisagístico, monumentos, restauro, práticas de projeto e soluções tecnológicas para reutilização, reabilitação, reconstrução, preservação, conservação, restauro e valorização de edificações, conjuntos e cidades;

V – do Planejamento Urbano e Regional, planejamento físico-territorial, planos de intervenção no espaço urbano, metropolitano e regional fundamentados nos sistemas de infraestrutura, saneamento básico e ambiental, sistema viário, sinalização, tráfego e trânsito urbano e rural, acessibilidade, gestão territorial e ambiental, parcelamento do solo, loteamento, desmembramento, remembramento, arreamento, planejamento urbano, plano diretor, traçado de cidades, desenho urbano, sistema viário, tráfego e trânsito urbano e rural, inventário urbano e regional, assentamentos humanos e requalificação em áreas urbanas e rurais;

VI – da Topografia, elaboração e interpretação de levantamentos topográficos cadastrais para a realização de projetos de arquitetura, de urbanismo e de paisagismo, foto-interpretção, leitura, interpretação e análise de dados e informações topográficas e sensoriamento remoto;

VII – da Tecnologia e resistência dos materiais, dos elementos e produtos de construção, patologias e recuperações;

VIII – dos sistemas construtivos e estruturais, estruturas, desenvolvimento de estruturas e aplicação tecnológica de estruturas;

IX – de instalações e equipamentos referentes à arquitetura e urbanismo;

X – do Conforto Ambiental, técnicas referentes ao estabelecimento de condições climáticas, acústicas, lumínicas e ergonômicas, para a concepção, organização e construção dos espaços;

XI – do Meio Ambiente, Estudo e Avaliação dos Impactos Ambientais, Licenciamento Ambiental, Utilização Racional dos Recursos Disponíveis e Desenvolvimento Sustentável”.

Diante desse extenso rol de atividades específicas, o art. 7º da Lei Federal nº 12.378/2010 tipificou o exercício ilegal da profissão em comento, assim preconizando:

Art. 7º – Exerce ilegalmente a profissão de arquiteto e urbanista a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços, públicos ou privados, privativos dos profissionais de que trata esta Lei ou, ainda, que, mesmo não realizando atos privativos, se apresenta como arquiteto e urbanista ou como pessoa jurídica que atue na área de arquitetura e urbanismo sem registro no CAU.

Merece registro ainda o disposto na Resolução nº 22/2012 do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil a qual se destina a regular a fiscalização do exercício profissional da Arquitetura e Urbanismo e os procedimentos para formalização, instrução e julgamento de processos por infração à legislação e a aplicação de penalidades. Segundo o art. 1º desse normativo:

Art. 1º – A fiscalização do exercício da Arquitetura e Urbanismo no País, abrangendo as atividades, as atribuições e os campos de atuação profissional dos arquitetos e urbanistas descritos na Lei nº 12.378, de 31 de dezembro de 2010, e na Resolução CAU/BR nº 21, de 5 de abril de 2012, é disciplinada nesta Resolução”.

No que interessa ao exame da questão ora submetida à PGM, cumpre transcrever o texto do art. 35, X e XI, que deu azo à autuação lavrada pelo CAU/CE:

Art. 35 – As infrações ao exercício da profissão de Arquitetura e Urbanismo nos termos definidos nesta Resolução serão punidas com multas, respeitados os seguintes limites:

[...]

X – Pessoa jurídica sem registro no CAU exercendo atividade privativa de arquitetos e urbanistas; Infrator: pessoa jurídica; Valor da Multa: mínimo de 5 (cinco) vezes e máximo de 10 (dez) vezes o valor vigente da anuidade;

XI – Pessoa jurídica sem registro no CAU e no CREA exercendo atividade compartilhada entre a Arquitetura e Urbanismo e profissão fiscalizada por este último conselho; Infrator: pessoa jurídica; Valor da Multa: mínimo de 5 (cinco) vezes e máximo de 10 (dez) vezes o valor vigente da anuidade.

Feito todo esse preâmbulo acerca da importância da missão institucional e da competência fiscalizatória dos Conselhos Profissionais, é necessário ter em linha de conta que tais entidades não estão vocacionadas constitucionalmente a realizar qualquer espécie de controle sobre a atividade desenvolvida pelos entes de direito público. Com efeito, os legitimados ao exercício da atividade de controle externo da Administração Pública foram definidos nos arts. 70 e 71 da Lei Suprema: Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União². Tais preceitos constitucionais – conquanto voltados à Administração Federal – são de observância compulsória nas Cartas Políticas dos demais entes federados³.

² “Art. 70 – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71 – O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]”

³ Segundo o STF: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA REQUERENTE E PERTINÊNCIA TEMÁTICA. RESTRIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DE CONTAS. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO DIRETA NO ÂMBITO ESTADUAL ATÉ O JULGAMENTO DO MÉRITO DA QUE TRAMITA PERANTE O STF. COMPETÊNCIA DESTA. [...] 2. Verificada a reprodução obrigatória pela Carta Estadual (artigos 76, incisos I, II, IV, V e VI) das disposições constantes dos incisos I, II, IV, V e VI do artigo 71 da Constituição Federal, é do STF a competência para julgar a ação. Precedentes. 3. O controle externo das contas do Estado-membro é do Tribunal de Contas, como órgão auxiliar da Assembléia Legislativa, na forma do artigo 71 da Constituição Federal, por força do princípio da simetria. 4. Constitui ato atentatório à efetiva atuação das Cortes de Contas disposição que restrinja de seu controle fiscalizador quaisquer das competências constitucionais a elas outorgadas como agentes desse munus (CF, artigo 71).(...) 6. Cautelar deferida para suspender a vigência do § 3º do artigo 47 da Lei 12.509, de 6 de dezembro de 1995, acrescentado pelo artigo 2º da Lei 13.037, de 30 de junho de 2000, do Estado do Ceará” (ADI 2361 MC/CE, Rel.: Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 01-08-2003).

Vale fazer referência, a esse propósito, aos seguintes julgados que recusaram validade ao controle da atividade dos entes públicos pelos Conselhos Profissionais:

CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. (CREA). MULTA IMPOSTA A MUNICÍPIO. (ARTIGO 6º, ALÍNEA A, DA LEI 5.194/1966.) 1. Em Direito Público (Direito Administrativo) vigora o princípio constitucional da legalidade (Constituição Federal, art. 37, caput), pelo qual a Administração Pública somente está autorizada a proceder de conformidade com o preceituado em lei. 2. Entidades públicas não estão sujeitas à fiscalização por parte dos conselhos de regulamentação profissional. Precedentes desta Corte e do STJ. 3. Remessa oficial não provida. (TRF, 1ª REGIÃO, REO 0010477-58.2006.4.01.9199 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES, 6ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 20/07/2011)

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. IMPOSSIBILIDADE DO REGISTRO DE ENTIDADE PÚBLICA. INVIABILIDADE DE INGERÊNCIA DO CONSELHO EM ÓRGÃO ESTATAL. - O objetivo da demanda é obrigar o ora apelado a registrar-se no Conselho Regional de Enfermagem, em razão de apresentar profissionais de enfermagem trabalhando para si. - Inexiste a possibilidade do registro de entes públicos em conselhos profissionais. [...]. (TRF-2 - AC: 273954 2001.02.01.040681-5, Relator: Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA, Data de Julgamento: 09/12/2003, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data: 05/03/2004)

Por outro lado, cabe salientar que a execução das atribuições da SEUMA por seus departamentos internos são o resultado do exercício das competências legiferante e material do Município de Fortaleza em questões urbanísticas e de proteção ambiental. Na esteira desse raciocínio, não se pode perder de vista que essa parcela de poder foi atribuída aos entes municipais pela Constituição da República de forma expressa no art. 23, III, VI e VII (competência material) e no art. 30, I e II (competência legislativa) ao autorizar a edição de leis pertinentes a interesses

locais, suplementando a legislação federal e estadual (o que envolve as questões tratadas no art. 24⁴).

Por conseguinte, a legislação municipal que rege a atuação da SEUMA extrai sua fonte de validade essencialmente da Constituição, devendo ser afastada a interpretação que empresta à normatização federal que disciplina as competências do CAU/BR o poder de criar embaraços ou restrições ao exercício dos encargos públicos do referido órgão municipal, de que é exemplo a imposição de multa por suposta infração à ilícito administrativo-profissional. Em suma: a legislação que rege a atividade profissional de Arquitetura e Urbanismo não se sobrepõe às fontes normativo-constitucionais das competências da SEUMA.

Urge, assim, conferir ao art. 7º da Lei Federal nº 12.378/2010 e ao art. 35, X e XI da Resolução nº 22/2012 do CAU/BR uma interpretação conforme a Constituição Federal⁵, harmonizando esses preceitos normativos ao livre exercício das competências garantidas ao Município pelos arts. 23 e 30 da Lei Fundamental de 1988. Para tanto, deve-se extrair o sentido de que a locução “pessoa jurídica” submetida à fiscalização desse Conselho Profissional e à exigência de registro refere-se apenas à entidade **de direito privado** que exerça atividades típicas de Arquitetura e Urbanismo, ainda que em favor do Poder Público.

Com esteio nesses fundamentos jurídicos, forçoso é reconhecer a presença de vício de nulidade material que contamina de modo insanável o auto de infração lavrado por agente de fiscalização do CAU/CE contra a SEUMA.

⁴ Nesse sentido este precedente do STF: “*Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LIMITES DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. LEI MUNICIPAL Nº 1.952, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995, DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. RECONHECIDA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 23, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, Nº 14, 192, § 1º E 193, XX E XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E ARTIGOS 23, VI E VII, 24, VI E 30, I E II DA CRFB. 1. O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB) (...)*”. (RE 586224 / SP, Rel: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015).”

⁵ Acerca da técnica da interpretação conforme a Constituição Gilmar Mendes ensina que “[...] existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição” (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 222).

De se registrar, por derradeiro, que há também no referido auto de infração a presença de vício de ordem formal, dado que a SEUMA é órgão público e, dessa forma, não possui personalidade jurídica própria, não podendo ser sujeito de direitos nem obrigações. Logo, nunca poderia a SEUMA ter sido indicada como sujeito infrator do art. 7º da Lei Federal nº 12.378/2010 e do art. 35, X e XI da Resolução nº 22/2012 do CAU/BR, uma vez que não cabe exigir de uma unidade organizacional despersonalizada – fruto de *desconcentração administrativa* – o registro como pessoa jurídica em Conselho Profissional.

Ante o exposto, e considerando que compete à Procuradoria-Geral do Município “propor medidas de caráter jurídico que visem a proteger o patrimônio do município ou aperfeiçoar as práticas administrativas” (art. 3º, XV da Lei Complementar nº 6/92), opino no sentido de que:

I – padece de vício de nulidade o Auto de Infração lavrado pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU/CE em face da Secretaria Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente com fundamento no art. 7º, X da Lei Federal nº 12.378/2010 e no art. 35, XI da Resolução nº 22/2012 do CAU/BR;

II – é recomendável o ajuizamento de ação judicial visando a declaração de nulidade do Auto de Infração mencionado, devendo, para esse fim, ser expedido ofício ao Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial desta PGM com cópia integral dos autos, inclusive deste Parecer e dos despachos posteriores (Procuradora-Chefe da Consultoria e Procurador-Geral).

É o parecer.

À consideração superior.

Fortaleza, 3 de julho de 2015.

MÁRIO SALES CAVALCANTE
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
OAB/CE Nº 17964

**PARECER Nº 47/2015 – PROURMA/PGM.
PROCESSOS NºS P458277/2015/PMF E P523113/2015
INTERESSADO: SEUMA.
ASSUNTO: RESOLUÇÃO Nº 24, DE 11 DE DEZEMBRO
DE 2014/COEMA/SEMACE.**

Ementa: Definição das tipologias de atividades, obras e empreendimentos pela Resolução nº 24, de 11 de dezembro de 2014/COEMA/SEMACE, para fins de licenciamento ambiental pelo Município de Fortaleza, com base na Lei Complementar nº 140/2011. Aspectos inconstitucionais da Lei Complementar nº 140/2011. Violação ao princípio da autonomia municipal e usurpação de competências pela União. Impossibilidade de aplicação.

Senhor Procurador-Geral,

A Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza, instada a se manifestar nos autos dos processos indicados acima, com fulcro no art. 3º, VII, da Lei Complementar Municipal nº 006, de 29 de maio de 1992, por intermédio de sua Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente – PROURMA, apresenta suas considerações acerca da constitucionalidade da **Resolução nº 24, de 11 de dezembro de 2014/COEMA/SEMACE, que define as tipologias de atividades, obras e empreendimentos para fins de licenciamento ambiental pelo Município de Fortaleza, com base na Lei Complementar nº 140/2011.**

A consulta enviada pela SEUMA, visa atender às determinações constantes das disposições da citada legislação no que concerne à atividade de licenciamento ambiental, atualmente realizada por aquela Secretaria.

É o que temos a relatar.

A Lei Complementar nº 140/2011 teve por objetivo fixar normas de cooperação entre os entes federados relativamente às ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum concernentes (i) à proteção das paisagens naturais notá-

veis; (ii) à proteção do meio ambiente; (iii) ao combate à poluição em qualquer de suas formas; (iv) à preservação das florestas, da fauna e da flora. Porém, foi muito além do que se propôs, na medida em que autorizou os Estados-membros a definir atividades próprias dos municípios.

Para os Municípios, estabeleceu dentre as ações administrativas, como se pode ver na leitura do art. 9º, inciso XIV, alínea “a” da mesma lei, o seguinte:

Art. 9º. São ações administrativas dos Municípios:

[,,]

XIV – observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais do Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade;

[...] (Grifou-se).

Como se pode constatar, a referida Lei Federal Complementar extrapolou seu escopo de promover a cooperação entre os entes federados, sendo, por isso, **inconstitucional**.

Verifica-se que a regra prevista na alínea “a” do inciso XIV do art. 9º afronta indubitavelmente a autonomia dos municípios, na medida em que lhes impõe a obrigação de proceder ao licenciamento ambiental tão somente de obras, empreendimentos ou atividades definidas pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente. Vale dizer, a mencionada Lei Complementar nº 140/2011 estabeleceu, por meio do dispositivo transcrito, que o licenciamento ambiental realizado pelos municípios dependerá de prévia anuência dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, restringindo, portanto, os limites de sua autonomia.

A inconstitucionalidade ora apontada exsurge quando se confere aos Conselhos Estaduais do Meio Ambiente competência para definir a tipologia das atividades ou empreendimentos passíveis de licenciamento ambiental pela municipalidade.

A considerar a prevalência de tal critério para definição da competência municipal, poder-se-á afirmar que: a) os municípios não possuem autonomia; b) os municípios não são entes federados e, c) a Constituição de 1988 não modificou o status dos municípios brasileiros.

Ocorre, porém, que os municípios, desde a Constituição Federal de 1988, tiveram seu perfil modificado, suas atribuições especificadas com maior detalhamento e, por força do art. 18 do texto constitucional, devem ser vistos como entes federados dotados de autonomia

Essa garantia, imposta pela Constituição Federal brasileira de 1988, lhes confere maior estabilidade, haja vista que o modelo de descentralização política colimado na Constituição brasileira de 1988 assegura aos Municípios o pleno exercício de suas competências. O desatendimento de qualquer desses preceitos fere não só o princípio constitucional da AUTONOMIA dos entes federados, mas também o princípio da lealdade federativa, tão pouco considerado pela doutrina e pelos tribunais superiores.

Sobre a autonomia desses entes, convém mencionar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 75, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DE GOIÁS - DUPLA VACÂNCIA DOS CARGOS DE PREFEITO E VICE-PREFEITO - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL - DOMÍNIO NORMATIVO DA LEI ORGÂNICA - AFRONTA AOS ARTS. 1º E 29 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O poder constituinte dos Estados-membros está limitado pelos princípios da Constituição da República, que lhes assegura autonomia com condicionantes, entre as quais se tem o respeito à organização autônoma dos Municípios, também assegurada constitucionalmente. 2. O art. 30, inc. I, da Constituição da República outorga aos Municípios a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local. A vocação sucessória dos cargos de prefeito e vice-prefeito põem-se no âmbito da autonomia política local, em caso de dupla vacância. 3. Ao disciplinar matéria, cuja competência é exclusiva dos Municípios, o art. 75, § 2º, da Constituição de Goiás fere a autonomia desses entes, mitigando-lhes a capacidade de auto-organização e de autogoverno e limitando a sua autonomia política as-

segurada pela Constituição brasileira. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(Grifou-se) (BRASIL, STF, 2012, on line)

Segundo Patrícia Lamarão (2012, on line), o princípio da lealdade federativa impõe normas de conduta nas relações institucionais entre os entes federados, sem as quais não seria possível manter a unidade da federação. Pode ser inferido também de uma decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha¹, como se verifica em seguida:

No Estado federal alemão, toda a relação constitucional entre o Estado como um todo e seus membros, bem como a relação constitucional entre seus membros [entre si], é regida pelo princípio constitucional não escrito do dever recíproco da União e dos Estados-membros, de comportamento leal ao princípio federativo (cf. Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundestaat – Direitoconstitucional não escrito no Estado federal monárquico, em homenagem a Otto Mayer, 1916, p. 247 et seq.*).

Para fazer cumprir a Constituição, portanto, os entes federados devem promover a cooperação e a solidariedade para consolidar a ordem democrática e o bem-estar social. Nesse sentido, o princípio da lealdade federativa impõe aos entes que integram a federação a cooperação e a solidariedade, e não a desagregação.

Para Talden Farias², no âmago do conceito de federalismo está a repartição de competências entre os entes federativos. Não pode existir autonomia administrativa se um desses entes for responsável pelo estabelecimento da competência dos demais, o que deve ser feito necessariamente pela Constituição Federal.

No mesmo sentido o entendimento de Paulo Affonso Leme Machado³:

¹ A decisão referida pode ser encontrada no livro *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, organizado pelo Prof. Leonardo Martins – UFMS. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2241/43.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

² Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9811/competencia-legislativa-em-materia-ambiental>>.

³ Disponível em: <<http://www.unimep.br/~pamachad/COMPETENCIA%20AMBIENTAL%20E%20O%20ARTIGO%2023.pdf>>.

A autonomia não significa desunião dos entes federados. Também, não deve produzir conflito e dispersão de esforços. Mas, a autonomia deve ensejar que o Município tenha, ou possa ter, sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados. Os Estados, por sua vez, poderão ter, também, sua organização administrativa ambiental diferente do governo federal. Assim, as normas gerais federais ambientais não podem ferir a autonomia dos Estados e dos Municípios, exigindo dos mesmos uma estrutura administrativa ambiental idêntica à praticada no âmbito federal.

As atribuições e obrigações dos Estados e dos Municípios, só a Constituição Federal pode estabelecer. Leis infra-constitucionais não podem repartir ou atribuir competências, a não ser que a própria Constituição Federal tenha previsto essa situação, como o fez explicitamente no art. 22, parágrafo único. Dessa forma, inconstitucionais os artigos 4º, 5º e 6º da Resolução 236/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, que interveio em matéria totalmente estranha à sua competência.

No federalismo, a Constituição Federal, mais do que nunca, é a fonte das competências, pois caso contrário a cooperação entre os órgãos federados acabaria esfacelada, prevalecendo o mais forte ou o mais estruturado politicamente.

Resta claro, portanto, que a Lei Complementar nº 140/2011, não obstante tenha por escopo regulamentar normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do **caput** e do parágrafo único do **art. 23 da Constituição Federal**, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora, **extrapolou demasiadamente sua esfera de abrangência, haja vista que somente a Constituição pode distribuir competências aos entes federados, salvo expressa previsão. Ocorre, porém, que inexistente previsão nesse sentido, assim, não pode a União autorizar os Estados-membros a definir as atribuições do ente federado**

município, em razão, inclusive, da norma constante de seu art. 18, que estatui: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”.

Por tais razões, considero que a regra do art. 9º, inciso IVX, “a”, da Lei Complementar nº 140/2011 padece de vício insanável de inconstitucionalidade, RECOMENDANDO sua não observância pela administração municipal. Nesse sentido, visando preservar as competências constitucionais do Município de Fortaleza, recomendo, ainda, que a Secretaria Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente – SEUMA se abstenha de aplicá-la, dando continuidade ao licenciamento ambiental nos termos da legislação municipal.

É o parecer, que submeto à superior consideração.

Fortaleza, 1º de outubro de 2015.

Lucíola Maria de Aquino Cabral
Procuradora do Município
Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza – PGM
Procuradoria de Urbanismo e Meio Ambiente –
PROURMA
OAB/CE 4.872