

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 691

(Ano VIII)

(31/8/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

# Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -  
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional Universidade  
Granda/Espanha.*

*Coordenador do Direito Internacional  
(AM/Montreal/Canadá):* **SERGIMAR  
MARTINS DE ARAÚJO** - *Advogado com  
mais de 10 anos de experiência. Especialista  
em Direito Processual Civil Internacional.  
Professor universitário*

*Coordenador de Dir. Administrativo:*  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

*Coordenador de Direito Penal -* **RODRIGO  
LARIZZATTI (DF/Argentina):** *Doutor em  
Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Universidad del Museo Social Argentino -  
UMSA.*

País: *Brasil.* Cidade: *Brasília – DF.*  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

# SUMÁRIO

## COLUNISTA DO DIA



31/08/2016 Kiyoshi Harada

» [Confessada inconstitucionalidade do ITBI de São Paulo](#)

### ARTIGOS

31/08/2016 Marco André Simm de Faveri

» [O processo de execução das decisões condenatórias das cortes de contas](#)

31/08/2016 André Beltrão Gadelha de Sá

» [O aborto na lei brasileira e suas tendências legislativas](#)

31/08/2016 Alessandra Kruger

» [Direito e Economia da concorrência - a economicidade dos monopólios naturais e as ineficiências do direito regulatório](#)

31/08/2016 Alessandra Noremborg

» [Descrer da democracia: uma causa em pauta na sociedade ocidental contemporânea](#)

31/08/2016 Maura Dias Ferreira de Pinho

» [Dano moral difuso na improbidade administrativa](#)

31/08/2016 Andreza Emanuele Amado Santos

» [A efetividade dos direitos do cidadão advindas dos movimentos sociais e sindicais](#)

31/08/2016 Lenora C Milesi

» [Dano invisível na perda de tempo produtivo do consumidor de serviço público essencial no transporte aquaviário do RJ](#)

31/08/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Apontamentos à Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e Má Nutrição \(1987\)](#)

## CONFESSADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ITBI DE SÃO PAULO

**KIYOSHI HARADA:** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

A inconstitucionalidade do ITBI do Município de São Paulo resulta da expressa disposição confessa de sua legislação.

Na prática não se vê a propositura de qualquer ação coletiva quanto à legislação do ITBI, como acontece com o IPTU que é tributo de lançamento anual contra todos os proprietários, titulares de domínio útil ou possuidores de imóveis urbanos, fato que aumenta consideravelmente o contingente de contribuintes e conseqüente poder de pressão sobre órgãos e instituições destinadas à defesa da sociedade.

O ITBI tem como fato gerador a transmissão da propriedade imobiliária urbana por atos oneroso e intervivos e da transmissão dos direitos reais sobre imóveis, excetuados os de garantia. Esse fato reduz o número de contribuintes desse imposto.

Daí a importância do conhecimento das noções de direito civil para o perfeito entendimento desse imposto. E aqui é importante afastar, desde logo, a equivocada noção de hermenêutica segundo a qual não se pode interpretar o texto constitucional a partir do Direito Civil.

É claro que a interpretação deve ser feita de cima para baixo. Contudo, quando a Constituição Federal emprega uma categoria de direito privado, no caso, a transmissão imobiliária e direitos reais sobre imóveis exceto os de garantia, para outorgar competência tributária aos municípios,

sem definir os seus conceitos, obviamente, definições do direito comum são vinculantes dentro do Direito Tributário, sob pena de cada um dos mais de 5.500 municípios instituir o ITBI a sua maneira. Se isso acontecesse a unidade nacional do Direito Civil estará abalada, trazendo consequências imprevisíveis.

A primeira observação que se faz em termos de ITBI é que esse imposto não pode ser exigido antes do registro do título de transferência no registro de imóveis competente. A escritura aquisitiva não transmite a propriedade imobiliária, mas apenas o seu registro, consoante prescrição do art. 1.245 do CC.

Também, não se pode cobrar o ITBI relativamente ao compromisso de compra e venda não registrado. Apenas o seu registro confere a natureza de direito real.

Mas, a mais grave violação constitucional do ITBI está na manipulação da sua base de cálculo que é um dos elementos quantitativos do fato gerador para tornar o imposto líquido certo e exigível.

A base de cálculo está sob reserva de lei complementar (art. 146, III, *a* da CF). E o CTN diz que a base de cálculo do ITBI é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (art. 38). Essa base de cálculo é submetida ao princípio da reserva legal (art. 97, IV da CTN), isto é, só a lei tributária material pode defini-la, assim mesmo precedida de prévia definição por lei complementar, como vimos.

Se a base de cálculo, um dos elementos quantitativos do fato gerador, está submetida ao princípio da legalidade resta claro que a lei deve definir o critério objetivo para a sua apuração não bastando dizer que é o valor venal dos bens transmitidos, como prescreve o art. 7º da lei paulistana de nº 11.154/91. É preciso que haja uma lei definindo critérios objetivos para apuração do valor venal dos imóveis transmitidos. Nada impede de o município utilizar-se da legislação do IPTU, Lei nº 10.235/86 que traça os critérios objetivos para encontrar o valor unitário do metro quadrado do terreno e da construção, segundo a localização, a topografia, o tipo de construção, o padrão de construção, a idade aparente etc.

Se levada em conta a argumentação da Prefeitura de que o valor venal é aquele que é praticado no mercado imobiliário nas operações de compra e venda à vista, fica bem estranho a adoção de dois valores venais distintos: um para efeito de IPTU e outro para efeito de ITBI.

A grande verdade é que o conceito doutrinário de valor venal não deve ser confundido com o valor venal legal que resulta da lei.

A Lei nº 11.154/91 em seu art. 7º-A, dando embasamento legal ao Decreto nº 46.228/2005 que determina a apuração periódica do valor venal com base nas pesquisas de mercado, prescreve que a “Secretaria Municipal de Finanças tornará pública os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Mobiliário Fiscal do Município de São Paulo.”

Com base nesse preceito, o Executivo promoveu o aumento do valor venal dos imóveis para fins de ITBI no mês de março último, aumentando em média 84%, contra os 35% do IPTU barrado pela Justiça.

Em alguns casos o aumento chega a 173%, conforme noticiado pela mídia, restando claro não se tratar de atualização monetária a que alude o § 2º, do art. 97 do CTN, insubmissa ao princípio da legalidade.

Com isso, a Prefeitura de São Paulo violentou três princípios constitucionais tributários: o princípio da legalidade tributária, o da anterioridade tributária e o da nonagesimidade, pois sem esse “Valor Venal de Referência”, uma adjetivação que não existe no CTN, disponibilizado no site da Prefeitura, o contribuinte não terá como recolher o ITBI. A legislação vigente transformou o imposto por homologação em um imposto de lançamento direto, retirando do contribuinte a faculdade de adquirir na papelaria a guia de recolhimento, como acontecia antes do advento da Lei nº 11.194/91.

A alteração da base de cálculo, sua quantificação, na verdade, nem mesmo nos chamados impostos regulatórios (II, IE, IOF e IPI) pode ser alterado por ato do Executivo, conforme depreende do § 1º do art. 153 da CF que se refere apenas à alteração de alíquotas.

À vista da ausência de questionamento judicial, por meio de ação de natureza coletiva, pode-se se afirmar que no caso do ITBI de São Paulo vigora o princípio da inconstitucionalidade eficaz. Daí a confissão da inconstitucionalidade pela própria lei de regência, na certeza absoluta de impunidade.

## O PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS DECISÕES CONDENATÓRIAS DAS CORTES DE CONTAS

**MARCO ANDRÉ SIMM DE FAVERI:** Assessor de Gabinete de Juiz Federal. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Especialista em Processo Civil pela Universidade Internacional de Curitiba (UNINTER). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA).

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto avaliar questões processuais civis controvertidas referentes às decisões condenatórias dos Tribunais de Contas. Analisa a eficácia de título executivo dessas decisões, bem como o rito processual a ser empregado no processo executivo. No fechamento, o trabalho focaliza discussão jurídica atinente à legitimidade para promover a ação judicial executiva, onde concentra espessa controvérsia.

**Palavras-chave:** Controle. Execução. Legitimidade.

---

### 1 INTRODUÇÃO

A função administrativa do Estado é caracterizada por sua complexidade. Diante da gama extensa de necessidades da população, o Ente Público faz uso do princípio da especialidade, estruturando novos órgãos e entidades, tanto na Administração Direta quanto na Administração Indireta.

Por conseguinte, há necessidade de estabelecimento de controle de todo esse amplo organismo criado pelo Estado, visando ao enfrentamento das demandas da sociedade. Nesse condão, o próprio Poder Público, com base constitucional, organiza-se no sentido de estruturar sistemas de controle interno, que podem ser compreendidos como desdobramentos do princípio da Autotutela e da Tutela.

Entretanto, a ação de controle incidente sobre a Administração Pública não se resume àquela exercida pelo próprio órgão, entidade ou Poder. Vem à baila o controle externo, de competência do Poder Legislativo, exercido com auxílio dos Tribunais de Contas, conforme previsão constitucional.

Embora a expressão “auxílio” possa levar à conclusão de que a Corte de Contas é órgão sem muita importância no organograma institucional brasileiro, sua atuação é de altíssima relevância para o adequado desenvolver das atividades dos Entes Públicos. Opera na fiscalização das ações do setor público, atuando por meio dos controles contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, com olhos na legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos.

São muitas as competências dos Tribunais de Contas, conferidas pela Constituição Federal. Dentre elas, cita-se a atribuição, confiada pelo Poder Constituinte, de imputar débitos e aplicar multas aos responsáveis por ilegalidades de despesas e irregularidades de contas públicas.

Nesse contexto, objetivando investigar os aspectos controversos do processo judicial de execução dessas decisões condenatórias, o presente artigo empreende diligência para comprovar a eficácia de título executivo dessas decisões. Além do mais, busca envolver o leitor na descoberta de qual o rito processual adequado para a execução desses títulos, quando, possivelmente, alguma surpresa haverá de ocorrer, a considerar que a jurisprudência pátria faculta opção ao credor.

A partir daí, o trabalho é direcionado a responder quem possui legitimidade para o ajuizamento do processo de execução das decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais de Contas.

## **2 A EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO DAS DECISÕES CONDENATÓRIAS**

O texto constitucional atribui ao Tribunal de Contas, na forma do artigo 71, inciso VIII, a competência para aplicação de multa proporcional ao dano causado ao erário do Ente Público ou alguma de suas entidades, em face dos responsáveis.

Como desdobramento dessa competência, a Corte fiscalizadora pode, em processo administrativo de julgamento das contas de administrador ou de outro responsável pela gestão de recursos públicos (o que também é de sua alçada, por força do inciso II, do mesmo artigo 71, da CF de 1988), aplicar multa compatível ao prejuízo, quando entender pela insubsistência das contas.

Contudo, as sanções administrativas de cunho pecuniário aplicáveis pelos Tribunais de Contas não se limitam à multa. Verificável que esses órgãos também receberam autoridade constitucional para a imputação de débito aos gestores pelo prejuízo causado aos cofres públicos, seja pela má gestão, seja por irregularidades de desvios de recursos. É isso que se conclui da leitura do parágrafo 3º, do artigo 71, da *Lex Magna*, que mais adiante será exposta.

Há casos em que a Corte não tem competência para o julgamento das contas do gestor. Trata-se das contas do Presidente da República, de Governador de Estado ou Distrito-Federal e de Prefeito Municipal, ou seja, dos chefes maiores do Poder Executivo. Nesses processos, sob a ótica de Martins (2010), o Tribunal de Contas apenas emite parecer prévio, de forma que a deliberação da Corte que importe em débito ou multa, somente, terá valor caso confirmada pelo Poder Legislativo.

Seguindo a linha do pensamento de Martins (2010), se, no exercício da competência do § 2º, do artigo 31, ou do inciso IX, do artigo 49, ambos da Constituição Federal, for rejeitado o parecer prévio pelas respectivas Casas Legislativas, em que conste indicação de débito ou multa, perder-se-á, por completo, a natureza condenatória do ditame opinativo. Isso em razão de o parecer do Tribunal prevalecer apenas enquanto o Legislativo não o substitui por seu julgamento.

Contudo, essa linha de pensamento não prevalece frente ao entendimento externado em decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 760.678/RS. No *decisum*, explicou o julgador que as decisões condenatórias dos Tribunais de Contas, por inteligência constitucional, têm eficácia de título extrajudicial, aptos a embasar execução,

sendo prescindível que sejam validadas pelo Poder Legislativo (BRASIL, 2010a).

Assim, deve-se entender que o julgamento político do Poder Legislativo é capaz de afastar o parecer desfavorável às contas do Chefe do Poder Executivo, mas não têm capacidade de tirar a executividade da imputação de débito ou multa. Isso porque a imputação de débito dá-se em razão de irregularidades aos preceitos entendidos como legais pela Corte de Contas e tem eficácia de título executivo, que é dada pela própria Constituição Federal.

Uma vez imputada a multa ou o débito ao gestor público, recebe a decisão, logicamente, depois de transitada em julgado na seara administrativa, força de título executivo, por força da Constituição Federal (parágrafo 3º, do artigo 71): “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo” (BRASIL, 2010b).

Notável que a eficácia executiva de título judicial provém da própria Constituição. Não há necessidade de registro em dívida ativa do respectivo Ente Político para adquirir força executiva, consoante ensinamento de Oliveira (2010, p. 568): “A dicção do artigo não deixa dúvida: as decisões têm eficácia. Logo, prescindível o registro da decisão para que venha a adquirir a força outorgada pela inscrição em dívida ativa”.

Além do mais, deve-se ressaltar que o título executivo advindo da decisão proferida pela Corte de Cortas em seus julgamentos é extrajudicial. Inconteste a natureza administrativa das decisões dos Tribunais de Contas. Destarte, sendo administrativo o procedimento e não atividade jurisdicional, está-se diante de título extrajudicial (MARTINS, 2010).

Impõem-se indicar que a eficácia de título executivo dessas decisões poderia ser conferida por qualquer dispositivo legal ordinário como ocorre nos demais, mormente, aqueles descritos no Código de Processo Civil (Oliveira, 2010). Entretanto, o Poder Constituinte Originário entendeu pela concessão de força expropriatória no próprio texto constitucional.

Talvez e crê-se que sim, essa postura tenha se dado com o objetivo de dar maior visibilidade às competências e força às decisões dos Tribunais de Contas, como meio de demonstrar e legitimar o crucial papel que desempenha no organograma do poder institucionalizado. Parece que o Congresso Nacional atuou com escopo pedagógico, no sentido de externar aos propensos fraudadores do dinheiro público que a imposição de multa e débitos é executável, independentemente de qualquer outra condição.

Não se pode deixar de ilustrar que, ainda que transitada em julgado a decisão administrativa do Tribunal de Contas, é passível de impugnação na seara judicial, haja vista a Inafastabilidade da Jurisdição do Poder Judiciário. No entanto, quando se trata de decisão condenatória em que incorporada eficácia de título extrajudicial, por comando constitucional, a revisão judicial é excepcional.

Segundo a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança nº 7.280/DF), a desconstituição do título executivo só é possível quando for visível irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade do julgado, pois a imputação de débito é insuscetível, em regra, de revisão na via judicial, por o julgamento de contas ter sido reservado pela Constituição às Cortes de Contas (BRASIL, 1962).

Por outro lado, nos casos de emissão de parecer favorável, a decisão do Tribunal de Contas não impede o ajuizamento de ação judicial com vistas a avaliar eventual prejuízo aos cofres públicos. Nesse ponto, em decorrência da Inafastabilidade da Jurisdição, elucida Martins (2010, p. 328):

[...] se julgadas como boas e regulares pelo Tribunal de Contas as contas da Administração Pública, e por isso sobrevindo aprovação pelo Legislativo, nada obstará o ajuizamento de ação civil pública ou popular para a defesa do patrimônio público [...].

A posição dá-se por o julgamento da Corte de Contas ser técnico, prolatado com base em preceitos, especialmente, contábeis,

orçamentários e financeiros, o que não afasta eventuais irregularidades (muitas vezes escondidas atrás dos números), que poderão ser suscitadas em sede de ação civil pública ou popular, objetivando o ressarcimento ao erário.

Verificada a natureza de título executivo extrajudicial das decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais de Contas, há premente necessidade de investigação quanto ao rito processual a ser utilizado pelo credor, com vistas à recuperação do patrimônio do Poder Público.

### **3 O RITO PROCESSUAL DAS EXECUÇÕES DAS DECISÕES CONDENATÓRIAS DAS CORTES DE CONTAS**

Consoante já fora explanado, as decisões condenatórias dos Tribunais de Contas possuem eficácia de título executivo, por força do parágrafo 3º, do artigo 71, da Constituição Federal. Nesse sentido, o caráter executivo da decisão, independe de qualquer outra providência, posto que todos os requisitos necessários à condição de título executável são conferidos pelo texto constitucional.

Basta a formação da coisa julgada administrativa para a constituição do título, passível de ser levado à execução. É claro que, por ser decisão administrativa, pode ser, excepcionalmente, impugnada em sede judicial, como já referido, mas esse aspecto não é o foco que aqui se busca dar.

Deste modo, considerando que a decisão prescinde de qualquer procedimento para incorporar a eficácia executiva, não haveria razão jurídico-material para a inscrição em dívida ativa. Isso porque tal comportamento se mostra desnecessário (OLIVEIRA, 2010).

Nesse sentido, também a jurisprudência do STJ (Recurso Especial nº 1.059.393/RN), que teve como relator o Ministro Castro Meira:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ACÓRDÃO DO TCU. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. 1. Nos termos do artigo 23, III, “b” da Lei nº 8.443/92, o acórdão do Tribunal de Contas da

União constitui título executivo bastante para cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa, se não recolhida no prazo pelo responsável. Desse modo, não há necessidade de inscrição por Termo de Dívida Ativa para obter-se a respectiva Certidão prevista na Lei de Execução Fiscal, ensejando ação de cobrança por quantia certa. 2. Recurso especial não provido (BRASIL, 2008b).

Observável também que o aresto do Superior Tribunal de Justiça reconhece que, por se tratar de título executivo extrajudicial, o procedimento processual é o da execução extrajudicial por quantia certa contra devedor solvente. Aplica-se, pois, o rito indicado no Livro II, Título II, Capítulo IV, do Código de Processo Civil/2015 (artigos 824 a 909).

Embora seja dispensável a inscrição em dívida ativa, nada impede que o Ente Público a proceda, com posterior emissão da certidão de dívida ativa. E, nessa acepção, em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, autos do Agravo em Recurso Especial nº 124.814/RS, a Corte guardiã da legislação federal entendeu que a Fazenda Pública pode optar entre o rito processual previsto no CPC e o especial disposto na Lei de Execuções Fiscais - Lei nº 6.830/1980 (BRASIL, 2012).

No julgado, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a Administração Pública não é obrigada a usar um ou outro rito. Caso utilize o procedimento da execução extrajudicial do Código de Processo Civil, basta a decisão condenatória proferida pelo Tribunal de Contas. Se optar pelo procedimento da Lei de Execuções Fiscais será imprescindível a inscrição em dívida ativa, bem como a instrução da ação executiva fiscal com a respectiva certidão de dívida ativa.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa, autos do Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 760.678/RS, também externou posição pela possibilidade de opção dos dois ritos diversos.

Logo, entendendo o Ente Público credor que o rito processual da Lei 6.830/1980 é mais benéfico para a cobrança de seu crédito, deve atender

os requisitos exigidos pela respectiva lei especial, juntando à peça inicial do processo executivo a CDA. Do contrário, poderá ajuizar execução extrajudicial, independente de qualquer outra providência.

Sem adentrar no mérito, vislumbra-se que o rito da Lei de Execuções Fiscais propicia maiores possibilidades de êxito do processo executivo, eis que é um modelo processual especial, direcionado a dar maior salvaguarda aos interesses públicos. A exemplificar, cita-se que, no rito da execução fiscal, a oposição de embargos exige a garantia do juízo, enquanto que os embargos na execução extrajudicial independem de penhora.

Desta feita, ainda que a Constituição Federal dê força executiva às decisões condenatórias dos Tribunais de Contas, independentemente de qualquer outra providência, vislumbra-se que, por ser o rito da execução fiscal mais benéfico à coisa pública, é interessante que a Administração leve a decisão condenatória a lançamento em dívida ativa, com o fito de poder optar pelo rito processual da Lei de Execuções Fiscais.

De qualquer forma, a possibilidade de escolha de rito processual pelo credor vem a ampliar as possibilidades para a reconstituição do patrimônio público, razão pela qual a postura da jurisprudência deve ser recebida com reverência pelos operadores do direito e sociedade.

Avaliada a possibilidade de eleição do rito processual para execução das condenações dos Tribunais de Contas, mister apontar quem tem legitimidade para promover a ação executiva.

#### **4 A LEGITIMIDADE PARA PROMOVER A EXECUÇÃO DAS CONDENAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Primeiramente, toca dizer que de nada serviria a aplicação da multa ou imputação do débito pela Corte de Contas, como resultado de um desgastante procedimento, se o título representativo da condenação, em caso de ausência de pagamento na via administrativa, não fosse levado a Juízo, com o objetivo de recompor o erário ao *status quo ante*.

Verificável que, da mesma forma que ocorre no regime privado (civilista), onde o credor busca receber, primeiramente, o crédito de forma amigável, no caso do crédito constituído por decisão do Tribunal de Contas também acontece uma inicial tentativa de cobrança na via administrativa. Com esse escopo é a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que, em seu artigo 68, concede prazo de 30 dias para pagamento, sob pena de emissão do título executivo (BRASIL, 2000).

Assim, em regra, pode ser dito que a emissão do título executivo dá-se apenas com a inércia do devedor, quando intimado para adimplir a dívida. Nesse momento, estará autorizada a Corte de Contas a emitir o documento com força executiva e a encaminhá-lo à autoridade competente para promover a execução.

Formado o título executivo extrajudicial, que tem como prévio requisito a formação da coisa julgada administrativa, deve o mesmo ser levado à execução perante o Poder Judiciário. Mas quem tem legitimidade para atuar no pólo ativo do processo executivo?

Poderia se pensar que o próprio Tribunal de Contas possui capacidade para acionar o Poder Judiciário, ajuizando o competente processo executivo. Entretanto, não possui personalidade jurídica, de modo que afastada sua legitimidade para figurar como parte autora.

Quanto ao ponto, Martins (2010, p. 326) leciona: “interessante notar que o Tribunal de Contas é desprovido de personalidade jurídica, haja vista sua função meramente técnica, daí por que carece de legitimidade *ad causam*”.

Incumbe explicar que a postura do Supremo Tribunal Federal é de que a Corte de Contas não possui legitimidade para promover a execução das condenações que imputa. Colhe-se o acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 223.037/SE, de Relatoria do Ministro Maurício Corrêa:

[...] As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm

eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido (BRASIL, 2002).

Nota-se, então, que a Corte Suprema do Judiciário afastou a possibilidade de ajuizamento da execução pelo próprio Tribunal de Contas, refutando a ideia da legitimidade processual do órgão aplicador do débito ou multa, aduzindo que somente pode ser executada a cobrança pelo Ente Público beneficiário da condenação. Ocasão em que a ação judicial deve ser movida pelos procuradores judiciais do Ente respectivo.

Assim, embora tenha a Corte de Contas a competência constitucional para a imputação de débito e imposição de multa, o órgão não é provido de titularidade do crédito e, em razão disso, de interesse processual imediato e concreto para exigir o valor. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que é inconcebível pretender executar judicialmente crédito de outrem em nome próprio.

Demais disso, no que concerne ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, a posição externada pelo Supremo Tribunal Federal caminha no mesmo sentido. *Primeiro*, posto que a Corte Suprema, nos autos da ADI nº 789-DF, reconheceu que o *Parquet* junto às Cortes de

Contas não integra o Ministério Público comum. *Segundo*, porque, consoante voto do Relator Ministro Maurício Corrêa no RExt nº 223.037/SE, a Carta de 1988, claramente, disciplinou que essa fração especial do Ministério Público não pode, em hipótese alguma, representar judicialmente as entidades públicas.

Vê-se, pois, que o Ministério Público atuante perante o Tribunal de Contas é órgão concebido pela Constituição Federal para agir estritamente nos processos administrativos que correrem nas Cortes de Contas. Não possui competência constitucional para agir em defesa dos interesses da sociedade ou representá-la em processos judiciais.

Por outro lado, é de suma importância verificar se o Ministério Público comum teria legitimidade para mover a máquina judiciária, com vistas a executar o(s) responsável(is) pelo débito imposto pela Corte de Contas.

A respeito dessa competência, a decisão do Tribunal de Contas resultante em imputação de lesividade ao patrimônio público é lastreada em processo administrativo, em que se observa o contraditório e a ampla defesa. Observadas essas garantias e considerando que o patrimônio público está vinculado à indisponibilidade e principalmente aos interesses difusos, é de reconhecer a legitimidade do Ministério Público, com base no artigo 129, da Constituição Federal (MARTINS, 2010).

Ademais, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Federal 8.625/1993, artigo 25, inciso VIII) estende ao *Parquet* legitimidade para ingressar em juízo, de ofício, visando à responsabilização dos gestores do dinheiro público, condenados por tribunais e conselhos de contas (BRASIL, 1993).

Acerca da legitimidade do Ministério Público comum, Martins (2010, p. 330):

Daí que não há falar em mera relação de crédito e débito. A circunstância é bem mais ampla: refere-se ao dano causado à coletividade, que, por sua vez, na relação Administração/administrados, fomenta o

Estado Democrático e se ampara no Estado de Direito. *In casu*, os interesses que o Ministério Público estará a proteger, com o processo de execução, serão aqueles em que, entre seus respectivos titulares, não existe qualquer vínculo jurídico congregador, mas uma poderosa identidade de situações fáticas.

A postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, até a pouco, era de legitimidade do Ministério Público comum para a execução de títulos executivos extrajudiciais provenientes de condenações das Cortes de Contas. Veja-se o acórdão proferido nos autos do REsp. nº 996.031/MG, relatado pelo Ministro Francisco Falcão:

EXECUÇÃO. TÍTULO ORIGINÁRIO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI Nº 8.625/93. PRECEDENTE DO STF QUE NÃO SE APLICA À HIPÓTESE. I - O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de execução de título originário dos Tribunais de Contas, não se confundindo a hipótese com o precedente do STF invocado no aresto recorrido (RE nº 223.037-1/SE, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 02.08.02), que cuidava de execução promovida pelo próprio Tribunal de Contas e, de forma hipotética, considerou o nobre relator que nem mesmo o Ministério Público que atuava junto àquele órgão, por não integrar o Ministério Público ordinário, poderia fazê-lo. II - Recurso provido (BRASIL, 2008a).

Avaliando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o acórdão proferido pelo STJ, buscou esclarecer que a ausência de legitimidade é do *Parquet* especial junto à Corte de Contas e não do Ministério Público comum. Àquele é indicada a falta de legitimidade *ad causam*, entretanto, a este é perfeitamente possível promover a ação expropriatória.

Ocorre que a Corte Suprema não reconhece a legitimidade do Ministério Público comum, a exemplo da proferida pelo Ministro Marco Aurélio, nos autos do Recurso Extraordinário nº 741.276/MA, publicado em 12 de junho de 2013:

[...] O extraordinário versa sobre a legitimidade do Ministério Público do Estado do Maranhão para executar as condenações patrimoniais impostas pelo Tribunal de Contas Estadual aos responsáveis por irregularidades na gestão dos bens públicos. 2. O Pleno do Supremo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 223.037/SE, concluiu que a cobrança desses títulos executivos “somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente” (RE nº 223.037, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa). 3. Ante o precedente, dou provimento ao extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, assentar a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Maranhão. 4. Publiquem (BRASIL, 2013b).

Assim, fazendo alusão ao decidido nos autos do RExt. 223.037/SE, o Supremo Tribunal refuta a legitimidade do Ministério Público comum.

Ocorre que a interpretação dada à questão pela Suprema Corte parece destoada daquilo que propôs o voto do relator acolhido naquele julgado. Isso porque, em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa fez referência à impossibilidade do Ministério Público de Contas promover a execução das decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais de Contas, justamente, em razão de não integrar o Ministério Público ordinário.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 823.347/MA, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em rito de repercussão geral, quando afirmou que a legitimidade é exclusiva do Ente público beneficiário:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. 2. Direito Constitucional e Direito Processual Civil. Execução das decisões de condenação patrimonial proferidas pelos Tribunais de Contas. Legitimidade para propositura da ação executiva pelo ente público beneficiário. 3. Ilegitimidade ativa do Ministério Público, atuante ou não junto às Cortes de Contas, seja federal, seja estadual. Recurso não provido. (BRASIL, 2014).

A partir daí, o entendimento até então pacificado do Superior Tribunal de Justiça alterou-se para acompanhar a Corte Suprema, afastando de vez a legitimidade do Ministério Público. Exemplo é o julgado proferido nos autos do Recurso Especial nº 1.526.693/MA, Ministro Relator Humberto Martins:

PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. RESSARCIMENTO DO ERÁRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público não possui legitimidade extraordinária para promover Ação de Execução de título formado por decisão do Tribunal de Contas do Estado, com vista a ressarcir o Erário. REsp 1.464.226/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26.11.2014 e AgRg no REsp 1.381.289/MA, Rel. Ministro Humberto

Martins, Segunda Turma, DJe 11.12.2014. 2. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2015).

Assim, restou sedimentada a ilegitimidade do Ministério Público ordinário. Embora isso, tem-se que, excepcionalmente, nos casos em que não há a devida execução pelos procuradores jurídicos do Ente Político, seria caso de possibilitar o ajuizamento da execução extrajudicial pelo Ministério Público. Do contrário, a situação de inércia se perpetuaria, em benefício dos malfeitores do dinheiro público.

Deve-se considerar, primordialmente, o caráter dos recursos envolvidos. Trata-se de patrimônio indisponível e de interesse de toda a sociedade, eis que a receita pública fomenta toda a gama de serviços públicos demandados. Ademais, o Ministério Público é órgão com *status* constitucional direcionado à tutela do interesse público.

A realidade política do país não permite que a legitimidade da execução desses créditos fique exclusivamente nas mãos dos próprios Entes Políticos beneficiários. Explico: não são raros os casos em que os mesmos grupos políticos mantêm-se no comando do Ente por mais de um mandato e isso, em especial, nos pequenos municípios, em que os prefeitos exercem forte influência sobre os órgãos jurídicos internos, pode acabar resultando em inércia.

Legitimar apenas os procuradores jurídicos dos Entes Políticos pode abrir precedente à ineficácia do título executivo, haja vista que dá espaço ao protecionismo por agentes políticos mal intencionados – e isso no dia-a-dia dos Tribunais de Contas não é novidade.

Muitos são os episódios de títulos executivos remetidos pelos Tribunais de Contas aos órgãos jurídicos de Municípios e nada ser feito. Situação esta que a Corte acaba verificando em auditoria externa futura, ensejando apontamentos no parecer prévio do Gestor responsável, como meio de forçá-lo à correção da irregularidade.

## 5 CONCLUSÃO

A imputação de débito e a imposição de multa a gestores de dinheiros públicos estão encartadas entre as competências dos órgãos fiscalizadores de contas, sendo que tais decisões condenatórias, após o trânsito em julgado na seara administrativa, ganham eficácia de título executivo, por expressa previsão da Constituição Federal de 1988, nos termos do § 3º, do artigo 71.

Sublinha-se que, de acordo com a jurisprudência do STF, essas decisões com eficácia de título podem ser reavaliadas pelo Poder Judiciário, mas somente quando demonstrada flagrante irregularidade formal ou ilegalidade do julgado, em razão de que o julgamento de contas foi reservado pela Constituição ao Tribunal de Contas.

Ademais, em virtude de que a constituição do título ocorre em sede de processo administrativo, dado a natureza da Corte de Contas, o título executivo deve ser entendido como extrajudicial, situação que, por certo, afasta a possibilidade de execução pelo rito processual dos títulos judiciais.

Constada a natureza de título extrajudicial, restou esclarecido que o título executivo decorrente da condenação pelo Tribunal de Contas pode ser levado à execução tanto pelo rito processual da execução por quantia certa (descrito no CPC), quanto pelas regras dispostas na Lei de Execuções Fiscais.

Na forma da jurisprudência do STF e STJ, pretendida a execução nos moldes do procedimento por quantia certa, basta a juntada ao processo da certidão da decisão condenatória do Tribunal de Contas. Isso em razão de que a Constituição Federal garante a eficácia de título executivo extrajudicial.

Quando o exequente optar pelo rito da Lei de Execuções Fiscais, será imprescindível o prévio lançamento da decisão condenatória em dívida ativa e a posterior emissão da certidão de dívida ativa, vez que tal documento é exigência da referida lei especial, devendo constar na peça inicial do processo executivo.

Inobstante isso, é de se referir que, em primeiro momento, o órgão sancionatório deve buscar a cobrança administrativa. Isto é, transitada a decisão administrativa, intima-se o responsável pelo débito e/ou multa para que proceda ao pagamento, em prazo razoável, previsto em norma interna da Corte de Contas. Não realizado o pagamento, emite-se a certidão de decisão condenatória – título executivo extrajudicial, fins de fomentar a futura execução. Nesse momento, surge o dilema: quem tem legitimidade *ad causam* para promover a execução.

O Supremo Tribunal Federal afastou a legitimidade do próprio Tribunal de Contas, aduzindo que, conquanto a competência para imputar a condenação, não é ele o destinatário da recomposição patrimonial, de modo que não tem interesse processual. Não pode executar coisa de outrem em nome próprio.

A doutrina também refuta a possibilidade da Corte de Contas em promover a execução. A postura contrária decorre de o Tribunal de Contas ser desprovido de personalidade jurídica, por ser órgão fiscalizador, com função meramente técnica.

Quanto ao Ministério Público junto a Corte de Contas, também há negativa de legitimidade pelo Supremo Tribunal Federal. Entende o órgão máximo do Poder Judiciário que esse *Parquet* especial não compõe o Ministério Público ordinário, o que afastaria a possibilidade de atuar na defesa de interesses da sociedade.

Avaliando a legitimidade do Ministério Público comum, a doutrina entende perfeitamente possível, posto o ressarcimento ao erário tratar-se de matéria de interesse de toda a sociedade, portanto, direito indisponível, alcançado pelas competências constitucionais do MP. No entanto, a Suprema Corte refuta a legitimidade, aduzindo que somente a tem o Ente Público que sofreu o prejuízo, fazendo menção de que isso já foi decidido nos autos do Recurso Extraordinário nº 223.037/SE.

E, nesse passo, a partir do julgamento pela STF do Agravo em Recurso Extraordinário nº 823.347/MA, em Repercussão Geral, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até ali favorável à legitimidade do Ministério Público, passou a adotar a postura do STF.

Contudo, o bom senso, excepcionalmente, exige que a legitimidade *ad causam* não seja apenas do Ente Público que sofreu o prejuízo. A experiência mostra que, em muitos casos, os títulos são menosprezados pelos representantes jurídicos do Ente, por influência política ou pressão do chefe do respectivo Poder.

Não há dúvidas de que o Ente Público beneficiário da imputação do débito é legitimado para a execução do título, mas colocá-lo como legitimado exclusivo pode resultar em prejuízo aos cofres públicos e atuações vinculadas a interesses político-partidários, mormente, nos pequenos municípios.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 7.280/DF. Relator: Min. Henrique D'Ávila. Brasília, 17 de set. de 1962. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 18 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.625. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 15 de fev. de 1993. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Lei Estadual nº 11.424 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 06 de jan. de 2000. Disponível em:<<http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 223.037/SE. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 18 de set. de 2002. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 21 jun. 2013.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 996.031/MG. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, 25 de abr. de 2008a. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 22 jun. 2013.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.059.393/RN. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 23 de out. de 2008b. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 22 jun. 2013.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 760.678/RS. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 14 de abr. de 2010a. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010b.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 818.789/RS. Relator: Min. Carmem Lúcia. Brasília, 15 de fev. de 2011. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 jun. 2013.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 124.814/RS. Relatora: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 09 de nov. de 2012. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 22 jun. 2013.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 641.896/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 08 de mai. de 2013a. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 jun. 2013.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº741.276/MA. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de jun. de 2013b. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 jun. 2013.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 823.347/MA. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de out. de 2014. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 18 jun. 2016.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.526.693/MA. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 30 de jun. de 2015. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 18 jun. 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de improbidade administrativa. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

## O ABORTO NA LEI BRASILEIRA E SUAS TENDÊNCIAS LEGISLATIVAS

**ANDRÉ BELTRÃO GADELHA DE SÁ:** advogado criminalista, especialista em Direito Penal, Processual Penal e Segurança Pública pela FESP/PB.

### 1. O Aborto Perante às Leis

No nosso país existem diversas fontes legislativas que tratam direta ou indiretamente da questão do aborto. Apesar de não haver em nenhum ordenamento jurídico pátrio ou convenções ratificadas por nosso país o conceito explícito de aborto, pode-se subentendê-lo do tratamento dado por estas.

A legislação mais impactante e de maior alcance à respeito do tema em estudo é o Código Penal. Nele o aborto insere-se no capítulo dos "Crimes contra a vida", prevendo-se penas restritivas de liberdade de detenção ou reclusão para a prática do delito em tela. O artigo 128 do mesmo ordenamento jurídico dispõe também de algumas excludentes de ilicitude em hipóteses determinadas, como se verá adiante. A competência para julgamento destes delitos é, à luz da Constituição Federal de 1988, do Tribunal do Júri.

O Código Civil trata dos direitos e interesses do nascituro, salvaguardando-os desde o momento de sua concepção. Tal posicionamento implica em alguns conflitos existentes com outras fontes legislativas, como a jurisprudência, demonstrando que a situação se encontra longe de ser pacífica, estando, ao contrário, sujeita a muito subjetivismo do julgador em razão das leis não darem um tratamento mais adequado ao aborto.

A Constituição Federal também trata do assunto ao tutelar em seu art. 5º, inc. XXXVIII, a inviolabilidade do direito à vida, porém

sem precisar a partir de que momento se materializa este direito no processo de formação da vida humana.

Convenções e tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos tratam diretamente do tema e tem status supralegal, superior às leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal (pois não foram aprovadas com o quórum exigido para se equipararem às normas constitucionais), sendo necessária, entretanto, uma cautelosa observação dos textos legais e a compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

As lacunas e conflitos existentes nestas fontes legislativas demandam que seja esmiuçado o posicionamento de cada uma delas. O problema se encontra não no conceito de aborto, pois a doutrina jurídica e a medicina já se encarregaram de fazê-lo, mas sim a partir de que momento se se dá o início da vida juridicamente protegida.

É sabido que o fenômeno do aborto caminha numa via praticamente distinta das que percorrem as leis. Tal fato percebe-se pela discrepância entre o número de abortos praticados e os processos existentes pela prática de tal delito, fato que apresenta como uma de suas causas a existência deste conflito entre as fontes do direito, assim como da ineficácia no seu cumprimento. Um claro exemplo disso é a comparação entre os EUA e o Brasil. Lá, onde o aborto é legalizado, com uma população de 320 milhões de habitantes, o número anual de abortos está em 730 mil, enquanto no Brasil, criminalizado, com 200 milhões de habitantes, o número está em 850 mil.

Desde a formação do nosso país aos dias atuais, o Estado ainda não conseguiu obter qualquer tipo de sucesso em conter ou diminuir os números de abortos praticados. A legislação punitiva do aborto revela-se como letra morta, ou seja, ineficaz em atingir seu objetivo último, que seria a coibição da prática abortiva. Caso não fosse este exemplo de ineficácia, o número de processos contra

gestantes que praticaram o fato típico deveria ser, no mínimo, igual ao número de internações hospitalares em decorrência complicações de aborto praticado voluntariamente[1]. Da mesma forma, caso não fosse ineficaz, o número de abortos praticados anualmente em nosso país deveria estar reduzindo gradativamente, o que não procede – na verdade, conforme já exposto, aumenta-se este número a cada ano.

O aclamado jurista Miguel Reale[2] já dizia em sua teoria tridimensional do direito que “direito é fato, valor e norma”. O fato existe, a realidade do aborto ser praticado em larga escala é inegável; a norma é percebida pela sua positivação, detentora de validade formal; contudo o valor expresso pela norma é divergente do valor que a sociedade carrega em seu seio, faltando à questão do aborto este pressuposto indispensável, de suma importância.

Justamente por faltar um dos pressupostos para a sua validade plena, é que a legislação que trata do aborto se mostra ineficiente, não obtendo êxito em momento algum de nossa história no que diz respeito à redução de tal prática, tendo esta se revelado sempre presente através do tempo independentemente das leis vigentes criminalizarem esta conduta. Em verdade, sua prática é maior nos países que o proíbem do que naqueles que o permitem.

O maior dano da legislação repressiva se mostra no sentido desta acabar por funcionar como um instrumento segregador das classes sociais – mais pobre, piores meios de praticar aborto; menos pobres, melhores meios – e fator de prejuízo à saúde pública devido ao grande número de internações decorrentes de complicações de práticas abortivas clandestinas. Em face disto, faz-se necessária uma análise mais profunda da evolução deste instituto para obter uma melhor contextualização e compreensão deste na realidade de nosso país.

## **2. Evolução do aborto no Brasil**

Apesar de ser um país de forte tradição cristã, representado pela Igreja Católica como seu maior expoente – esta sempre se mostrou

veemente contra ao aborto desde tempos longínquos, não existiu em nosso país nenhuma legislação repressiva a tal conduta até 1830, quando o Código Criminal do Império do Brasil passou a defini-lo como crime. Existia apenas uma represália de cunho moral e social à respeito, não obstante a prática ter sido tão difundida a ponto de tornar o Brasil detentor da marca de país que mais pratica abortos na América Latina. O referido código trazia em seu texto que:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas<sup>[3]</sup>.

Posteriormente veio o Código Penal de 1940, o qual adotou no que diz respeito à questão do aborto, todo o ordenamento jurídico anterior, realizando poucas modificações. Só não foi praticamente igual ao código anterior porque trouxe a excludente de ilicitude nos casos de aborto em gravidez resultante de estupro e da que imprima à gestante

grave risco de vida, únicas hipóteses em que pode ocorrer aborto legal, como se verá adiante.

Tal ordenamento jurídico enquadrour nosso país, conforme exposto no capítulo I deste trabalho monográfico, no grupo dos 34% que admitem a prática abortiva somente no que se refere ao aborto necessário – quando não há outro meio para salvar-lhe a vida – e no tocante ao aborto sentimental, neste fazendo-se necessário o consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando incapaz.

Desde a data inicial de sua vigência até os dias atuais, não foi realizada qualquer alteração à respeito do aborto no código supra citado. São praticamente duzentos anos com uma legislação imutável em relação ao tema, não obstante o número de projetos de lei propostos para alterar tal situação tenha sido de grande volume.

Dos projetos de lei que tramitaram relativos ao aborto, pode-se encontrar nestes as mais diferentes posições existentes à respeito do tema, variando desde aqueles que previam a proibição de qualquer tipo de prática abortiva – mesmo que em razão dessa proibição submetesse a gestante a grave risco de vida, até a posição diametralmente oposta, onde se legalizaria todo e qualquer tipo de aborto. Revela-se deste modo, mais uma vez, que esta questão ainda se mostra deveras complexa, longe de estar pacífica, ainda mais num país com uma sociedade e culturas tão heterogêneas como as do Brasil.

Como decorrência do clamor social, houve um grande aumento na quantidade de projetos de lei visando aumentar o número de causas legais que permitiriam o aborto. Em razão deste fato, surgiram duas correntes com posições distintas à respeito do tema. Uma se autointitulou grupo “pró-vida”, defendendo que a vida deve ser defendida incondicionalmente, proibindo-se qualquer tipo de prática abortiva. No lado oposto, há o grupo denominado “pró-escolha”, que não obstante conter posicionamentos bastante diferentes, defende em geral o direito de escolha da gestante e a sua liberdade sexual e reprodutiva.

Dentre os inúmeros projetos propostos que previam a descriminalização do aborto, bastante interessante foi o do deputado

Marcos Rolim. O parlamentar elaborou um projeto de lei em que defende a legalização do aborto até o momento da formação do córtex cerebral, processo que só se concretiza ao término do terceiro mês de gestação. O deputado valeu-se das idéias de Maurizio Mori, filósofo bioeticista para defender seu argumento. Vejamos o que dizia Mori<sup>[4]</sup>:

Pessoa é o indivíduo racional. Indivíduo é uma palavra cuja origem latina denota aquele que é indivisível na qual pode-se identificar uma relação de subordinação das partes ao todo. Tomando um embrião com oito células e dividindo-o, resultará gêmeos monozigóticos que percorrerão um desenvolvimento autônomo e diferenciado. Se, entretanto, estes dois grupos de células voltarem a unir-se, haverá, de novo, um único embrião. Até o 14º dia após a fecundação o aglomerado de células pré-embriônicas ainda não diferenciou aquelas que irão formar o feto daquelas que irão formar a placenta. **Quanto ao potencial de racionalidade, segundo alguns cientistas, é inconcebível sem a presença do córtex cerebral, processo que só se anuncia ao término do terceiro mês de gestação. Antes disso, portanto, não haveria “uma pessoa”.** É por isso que se costuma indicar o período dos primeiros 14 dias com o termo geral de pré-embrião. Assim, indivíduo é aquele ente que não é divisível e que, se dividido, morre ou se dissolve. Mas o pré-embrião, se for dividido, simplesmente se separa em dois gêmeos e, portanto, não é um *indivíduo*.

Ainda conforme o autor, a concepção é uma das várias etapas do mais amplo processo reprodutivo, mas não é absolutamente o evento que determina a diferença entre “prevenir a formação de uma vida” e “matar uma vida já formada”.

Neste sentido, os defensores do argumento favorável ao direito de escolha alegam que a discussão deve se dar no sentido de que o embrião possui apenas uma vida vegetativa e não vida intelectual, já que ainda não ocorreu a formação do córtex cerebral. Deve se discutir em termos de possibilidade de ser, de viabilidade desta vida fora do corpo da mãe[5].

Outro argumento pertinente desta corrente é aquele que diz respeito aos sentidos do embrião. Valendo-se das ideias de Aristóteles – que há mais de dois milênios disse o aborto deveria ser permitido até o feto ser agraciado com sentidos e vida, não obstante não houvesse naquela época meios de precisar quando se dava este momento – os defensores argumentam que o aborto voluntário deveria ser permitido até o desenvolvimento do córtex cerebral, isto porque seria a partir deste momento, alegam, que o feto passaria a perceber o que está ao seu redor, ou seja, possuiria uma espécie de consciência, materializando-se nele alguns sentidos, como por exemplo a resposta a estímulos dolorosos. Antes desta fase existiria apenas um ser vivo sem sentidos, desprovido de sistema cerebral, insensível a qualquer percepção do ambiente, em estado equivalente a de um morto cerebral, como em estado vegetativo. Trata-se de um organismo que se mantém vivo apenas pelo fato de ser preservado neste estado pela “máquina” humana que representa a gestante, existindo qualquer tipo de autonomia ou manifestação individual do feto nesta fase.

Atualmente com os avanços encontrados no campo da medicina e da tecnologia, precisar este momento (que o feto passa a desenvolver o córtex cerebral) é não apenas possível, como também seguro. Entretanto desde que a medicina evoluiu e tomou postura diversa da que a lei prevê, não foi feita qualquer alteração à respeito do tema, mantendo-se por longos anos um estado de inércia do poder legislativo e de ineficiência do poder judiciário.

Pelas divergências de posicionamentos, nunca se conseguiu obter êxito nos projetos propostos em relação ao aborto, causando um entrave no legislativo e sujeitando a sociedade a uma lei defasada pelo tempo. Apesar do tema ser bastante controverso, revelando pensamentos diametralmente opostos, uma questão é

inegável e não pode ser discutida: que o aborto é, independentemente de se proibi-lo ou legaliza-lo, uma questão de saúde pública.

Devido ao impasse, o quadro manteve-se inalterado, o tempo passou e a discussão sobre o tema foi retomada apenas no ano de 2007 pelo então ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que o enquadrou como questão de **saúde pública** e propôs um plebiscito[6] para votar a descriminalização. As declarações contaram com o apoio de movimentos de médicos, de **direitos humanos** e de feministas, além de parte do governo[7].

Para entender melhor a evolução deste fenômeno e o porquê desta situação calamitosa, faz-se necessário analisar cada ordenamento jurídico relacionado ao tema e esmiuçá-lo para obter uma melhor compreensão deste fato que é, e sempre foi, presente em toda sociedade brasileira.

## 2.1 O Código Penal

O Código penal vigente atualmente é datado de 1940, mas na verdade tem conteúdo quase que exclusivo de legislações do século XIX, trazendo em seu texto a criminalização da prática abortiva. Prevê penas de reclusão e detenção que variam de um a dez anos, havendo ainda a possibilidade de majoração e qualificação. Seu texto traz que:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14

(quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante

fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se,

em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a

morte.<sup>[8]</sup>

De acordo com o código, pune-se três tipos de aborto em três diferentes artigos. No artigo 124 pune-se a gestante pela prática da interrupção voluntária da gravidez praticada em si mesma (auto aborto), ou que esta consente que lhe façam; no artigo seguinte existe a figura do aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, revelando-se como o mais severo, e; no art. 126, há novamente a figura do terceiro, punindo aquele que pratica o fato típico com o consentimento da gestante.

Para a figura do auto aborto (único que é crime próprio) comina-se pena de detenção, o que permite a gestante, em tese, responder ao processo em regime semiaberto ou aberto. Comina-se com reclusão as duas outras figuras. Para o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante a pena é de reclusão de

três a dez anos, enquanto que havendo o consentimento da gestante, a pena é de um a quatro anos. Nestes o regime previsto é o fechado, próprio para penas de reclusão.

Além de já poderem responder em liberdade, é garantido às mulheres o direito de cumprirem pena em estabelecimento próprio e adequado. Valeu-se o legislador do princípio da proporcionalidade, adequando a situação peculiar da mulher à realidade. Ocorre que em função do péssimo sistema prisional e da ineficiência e incompetência do judiciário, na grande maioria das vezes tais garantias não são respeitadas.

Em uma análise doutrinária, o aborto criminoso trata-se de delito material de dano efetivo, consumando-se com a efetiva lesão do objeto jurídico (produto da concepção). Por descrever uma conduta (provocar) e um resultado (a morte do feto), sendo necessária a sua produção como momento consumativo. Não exige-se que haja a efetiva expulsão do feto do ventre materno, restando consumado o delito quando sobrevier a morte do feto em decorrência da prática abortiva. Em análise dos elementos do tipo no delito de aborto se perceberá que há uma fragilidade em relação aos seus elementos.

#### 2.1.1 A fragilidade dos elementos do tipo

Há, de acordo com Hélio Gomes<sup>[9]</sup>, existem quatro elementos de tipo no crime de aborto, quais sejam: dolo, gravidez, uso dos meios necessários e morte do concepto. É necessário estejam presentes todos os quatro elementos para se configurar o delito em estudo.

Dolo, gravidez e morte do concepto são analisáveis sem demais problemas. O dolo constitui o *animus* da agente em provocar o aborto, ou seja, a vontade direta de interromper aquela gravidez. A gravidez, óbvio, é necessária pois se trata de elemento essencial do delito, caso contrário seria atípico. Morte do concepto, como já visto, é necessária e pode ocorrer dentro ou fora do ventre materno.

Em relação aos meios necessários a abordagem é mais complicada, pois se trata de elemento de difícil constatação. Tais meios são conceituados como sendo aqueles necessários à interrupção da gravidez, podendo ser, v. g., ingestão de

medicamentos, procedimentos cirúrgicos. Não havendo interferência do meio externo, ou seja, não sendo possível identificá-los, fica difícil ou até impossível sua caracterização. Assim sendo, resta apenas às autoridades médicas classificar o aborto em espontâneo. Percebe-se uma verdadeira lacuna na lei, posto que é extremamente falha no que diz respeito a exigência de tal elemento, pois de difícil constatação.

Como um profissional de saúde saberá se, v. g., uma mulher grávida atirou-se da escada visando interromper sua gestação, ou se apenas sofreu um acidente? Hipoteticamente, em um estava presente o dolo de interromper a gestação, no outro não. Ambos os casos têm em comum o fato de serem meios necessários e suficientes à interrupção da gravidez, caso contrário o abortamento não teria ocorrido; mas como constatar o dolo da gestante? Tal critério está sujeito a muito subjetivismo, seara que o judiciário não tem meios de precisar. E não tendo meios, resta apenas a palavra do sujeito ativo – a gestante. Obviamente esta, em seu depoimento, exporá o que lhe for mais benéfico e apropriado, lembrando que não sendo possível constatar o dolo, não há crime.

#### 2.1.2 Um estudo de caso

É público e notório que o número de pessoas que prestam queixa à respeito do delito de aborto é muito reduzido, sendo praticamente irrelevante o número de casos julgados no tribunal do júri. Ocorre que, por ser um crime de ação penal pública incondicionada, ou seja, basta o conhecimento do fato delituoso pela autoridade policial para se dar início ao Inquérito Policial, a gestante que o pratica fica sujeita a chantagens e charlatanismos daqueles que souberam que a mesma realizou tal delito, sob a ameaça de reportarem a notícia do crime às autoridades. Caso o delegado de carreira tenha conhecimento através de qualquer meio da prática do delito em tela, não poderá deixar de instaurar o Inquérito Policial, sob pena de responsabilidade administrativa e criminal.

É bastante cruel o destino que se pode tomar em face deste crime apresentar esta natureza. Não poderia explicar melhor

isto do que o caso real relatado na obra de Emmerick<sup>[10]</sup>, onde relata que E. C. M. F., mulher pobre, moradora da periferia do Rio de Janeiro, desempregada e sem qualquer grau de instrução, mãe de três filhos pequenos, ao se ver grávida do quarto e desesperada, realizou aborto, sofrendo contudo graves complicações de saúde que a levaram ao Hospital Geral Duque de Caxias, naquela cidade. Ao ser atendida pela médica de plantão, esta reconheceu que a paciente tinha realizado aborto e acionou a polícia. Para melhor expormos a situação, transcrevo o depoimento da médica D. L. G. O. E.:

(...) que havia uma paciente de nome E. C. M. F. com sangramento transvaginal; que ato contínuo procedeu a um exame em E. constatando que a mesma havia sido submetida a práticas abortiva; que em seguida encaminhou a paciente ao centro cirúrgico onde submeteu-se a uma curetagem, tendo a mesma sido internada devido ao seu grave estado de saúde; **que em seguida acionou o SD PM M., de plantão no hospital, comunicando-lhe o ocorrido; que através do procedimento médico realizado em E., pôde afirmar que devido ao tamanho do útero da mesma a gestação tinha aproximadamente 20 semanas, e que havia marcas de manipulação no colo do útero da paciente (...).** (grifo do autor)

Como já não fosse bastante o sofrimento causado à ex-gestante, o delegado de polícia, sem ao menos ouvi-la efetuou sua prisão em flagrante, ordenando aos policiais que a algemassem na cama do hospital. Com base apenas no depoimento da médica e em outros depoimentos, autuou E., onde foi incurso nas penas do art. 124, arbitrando fiança de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais). Caso a indiciada não depositasse a fiança, seria recolhida ao presídio.

Por não conseguir pagar a fiança, E. foi levada ao estabelecimento carcerário estadual, onde lá ficou sem receber nenhuma espécie de tratamento pós-operatório, isto um dia depois

de ter se submetido a uma curetagem, procedimento cirúrgico que requer cuidados especiais.

Pelo despacho do delegado pode-se constatar como o sistema penal, através de seus agentes, ainda é extremamente legalista e conservador, avaliando as circunstâncias do caso de forma demasiadamente restritiva, maculando a determinadas pessoas penas completamente desproporcionais ao mal cometido, ferindo profundamente a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se mais um ponto falho da legislação pátria no que diz respeito à tentativa de funcionar como meio inibidor da prática abortiva (prevenção especial negativa). Sua ineficiência é constatada através dos dados analisados e traz para os cidadãos um problema que fere um princípio basilar do nosso Estado Democrático de Direito, alicerce de toda sociedade e albergado pelo nosso ordenamento jurídico maior, a Constituição da República, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2.2 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição Federal de 1988 representou um avanço social jamais visto na história da sociedade brasileira no que tange às garantias dos direitos humanos. Os princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos foram consagrados como norteadores máximos das ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nossa Carta Magna, no *caput* do seu artigo 5º, inc. XXXVIII, estabelece a inviolabilidade do direito à vida, atribuindo ao Tribunal do Júri competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, dentre eles o aborto. Interpretando-se seus dispositivos, constata-se que o direito à vida tem um sentido amplo, englobando integridade física e moral, à honra, à imagem e à intimidade[11].

Ocorre que mesmo sendo direito fundamental, o direito à vida, assim como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto, sendo passível de ser relativizado, como traz a própria Lei Maior, ao possibilitar a pena de morte “em caso de guerra declarada”, nos termos do art. 84, XIX[12].

O legislador constituinte reconheceu a vida como direito fundamental, mas propositadamente não revelou quando se inicia a vida humana juridicamente protegida, isto em face da imprecisão que se tinha à respeito do tema, visto que nem mesmo a academia e a ciência eram pacíficas quanto a esta questão. Houve inclusive uma proposta que se tutelasse a vida desde a concepção, formulada pelo então deputado Meira Filho, mas foi rejeitada pela Assembleia Nacional Constituinte.

À luz da Magna Carta, não há como se precisar quando a vida humana se inicia. Então, a partir de que momento da formação do organismo humano pode-se dizer que se constituiu um ser humano e, conseqüentemente, uma vida juridicamente protegida? Será correto, valendo-se dos argumentos “pró-vida” atribuir, desde sua concepção, a um ovo/embrião, pelo fato de ser uma pessoa em potencial, todos os direitos e garantias de um ser humano completamente formado e autônomo? Veremos que nossas leis não sustentam tal pensamento.

Além disso, atende aos princípios norteadores da nossa Carta Magna o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao aborto de fetos anencéfalos, pois nossa lei maior traz em seu art. 5º, inciso III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante[13]”, impedindo uma cruel imposição legal de levar adiante uma gravidez, sabendo-se com plenitude de certeza que não terá êxito, uma verdadeira forma de tortura.

### 2.3 O Código Civil de 2002

O Código Civil traz em seu art. 2º que “**A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro[14].**” Há, de acordo com este código, uma salvaguarda do seu direito à vida desde o momento de sua concepção. É imprescindível que se analise o conceito de concepção para se adentrar mais profundamente no tema.

Concepção, pela definição médica, é termo utilizado para designar o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo,

formando o organismo conhecido como “ovo”. À luz do Código Civil, a partir deste momento se faria a salvaguarda dos direitos do nascituro. Qualquer interferência no produto da concepção seria, pela letra da lei, ilegal e cominaria o crime de aborto em alguma de suas formas previstas no Código Penal.

Tal posição exposta pelo Código Civil não se sustenta, pois apesar de garantir dos direitos do nascituro desde o momento inicial da concepção, trata diferenciadamente os direitos do feto e os da pessoa humana. Pode-se argumentar contrariamente no sentido que, da mesma forma, há tratamento diferenciado de alguns direitos do homem e da mulher, aplicando-se devidamente o princípio da proporcionalidade, não obstante ambos serem pessoas humanas. De acordo com este pensamento, o mesmo raciocínio deveria ser aplicado ao ovo/embrião/feto.

Não procede tal pensamento no sentido de que, apesar de homens e mulheres serem considerados pessoas humanas, não existe nenhuma hipótese em que o ordenamento jurídico pátrio contrarie tal ideia. Já em relação ao produto da concepção ser considerado um ser humano, são inúmeras as posições doutrinárias, legais e científicas contrárias a esta interpretação.

Por interpretar a letra da lei literalmente, não adentrando em seu espírito, é que ocorrem falhas como estas que podem trazer severas consequências para toda a sociedade. Caso fosse interpretado desta forma, meios contraceptivos que impedem a nidação<sup>[15]</sup> seriam afrontantes a tal conceito, assim como pesquisas com células tronco e fecundação in vitro também, pois em todos estes ocorre a destruição de um ou vários “ovos”, produtos da concepção.

Nem mesmo dentre a corrente auto denominada “pró-vida”<sup>[16]</sup> existe a referência de se proibir a utilização de meios contraceptivos que impeçam a nidação, como a conhecida “pílula do dia seguinte”. Não há sustentação lógica para o Código Civil ser utilizado como forma de se combater todo e qualquer tipo de aborto, pois são inúmeras as lacunas abertas em seu texto pelos métodos apresentados e pelas decisões judiciais que o confrontam.

#### 2.4 A Convenção Americana de Direitos Humanos

Em 25 de setembro de 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, que dispõe, em seu artigo 4º, que o direito à vida deve ser protegido desde a concepção, tendo status de norma supralegal.

Os defensores que se denominam “grupo pró-vida” e rejeitam qualquer tipo de aborto se valem deste pacto como sua arma mais forte na luta contra a descriminalização do aborto. Isto porque este pacto é o único documento internacional ratificado pelo Brasil que traz expressamente em seu texto que a vida humana é respeitada desde sua concepção. Vejamos a letra da Convenção:

*Art. 1º, n. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.*

*Art. 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.*

*Art. 4º, n. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, **em geral**, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*<sup>[17]</sup>. (grifo do autor)

É inegável que a convenção em estudo defende os direitos inerentes à personalidade e à vida do ser humano desde o momento de sua concepção. Ocorre que parece que aos olhos do grupo “pró-vida”, não foi percebida a expressão “em geral” inserida antes de “o momento da concepção”.

Ora, não se torna necessária grande fundamentação para provar que o argumento de que a Convenção em estudo serve para proibir qualquer tipo de aborto é falaciosa. Está expresso no texto que se protege “em geral”, ou seja, significa que existem exceções, não sendo de forma alguma algo absoluto. Existe, de acordo com o próprio pacto, a possibilidade de que se passe a tutelar o direito à vida em um momento distinto do da concepção.

Portanto, se torna completamente absurda a ideia de se utilizar deste pacto para proteger incondicionalmente o direito à vida desde a concepção. Interpreta-se que a lei pode abrir exceções a este direito sem violar o pacto.

## 2.5 A legitimidade da religião como argumento jurídico

Por ser o maior país católico do mundo, a questão do aborto no Brasil sempre foi repleta de interferências de ordem religiosa nos debates à respeito de sua legalização e como tal não poderia deixar de ser tratada aqui.

Abertamente contra qualquer tipo de aborto, mesmo nos casos de gravidez decorrente de estupro, a Igreja Católica baseia suas ideias em dogmas e textos antigos, sem haver adequação à realidade que vivemos. Basta lembrar que esta instituição é a mesma que condena o uso de meios contraceptivos, alegando que seria “vontade divina” que o ser humano procriasse, não ponderando contudo, que milhares de pessoas são infectadas por DST (Doenças Sexualmente Transmissíveis) e que milhares também vêm à óbito em decorrência destas infecções.

Vivemos, de acordo a Constituição Federal de 1988, num país laico. Ser laico significa que não há religião oficial adotada pela República Federativa do Brasil. Respeita-se todo e qualquer culto, sem distinção entre os mesmos, conforme se conclui da leitura do art. 5º, inciso VI, da Carta Magna. Ocorre que, não sendo os grupos religiosos parte integrante de nossa estrutura jurídica, não há como posicioná-los como obstáculos jurídicos no que tange a questão da criminalização do aborto. A força de tais grupos se revela no sentido de que são instituições que representam parte da sociedade, mas que em nada se diferenciam de outros grupos, religiosos ou não, quanto a falta de legitimidade como instituição jurídica. De acordo com Lorea:

Para pensar sobre o direito ao aborto, necessariamente devemos nos ater a argumentos de ordem pública, válidos no mundo jurídico. Para tanto é preciso incorporar o conteúdo de conferências internacionais e decisões de organismos internacionais de solução de conflitos que, não obstante a sua relevância para o direito brasileiro, têm sido ignoradas por significativa parcela de nossos juristas.<sup>[18]</sup>

Desta feita, afasta-se a validade jurídica de qualquer interferência de ordem religiosa no que tange à questão do aborto, sendo necessário distanciamento de concepções sedimentadas no senso comum.

### **3. Causas de Permissão Legal do Aborto: os Abortos Sentimental e Necessário**

De acordo com o Código Penal, não se pune o aborto em determinadas hipóteses. São elas:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Não demanda maiores explicações a primeira causa de aborto legal, bastando para que se efetive um parecer de médico competente atestando que há risco de vida para a gestante em continuar com aquela gravidez, sendo necessária à prática abortiva.

No caso do aborto de gravidez resultante de estupro, conhecido como aborto sentimental, surge um questionamento à respeito da operacionalidade prática e, conseqüentemente da eficiência desta medida legal, assim como da inviolabilidade do direito à vida.

Em relação à sua operacionalidade prática, este tipo de aborto legal traz consigo sérios problemas que maculam sua eficiência. É do senso comum que o estupro, assim como o aborto clandestino, inclui-se entre aqueles delitos denominados das “*cifras negras*”, ou seja, aqueles que as autoridades não tomam conhecimento pelo fato das vítimas não recorrerem à justiça para

lhe protegerem. Tal fato se dá pela hediondez da conduta, pelo medo de retaliação social imposta à gestante, aliada à desonra humilhante e ao pudor da vítima (vitimização secundária). Receosa de ser ainda mais afrontada em sua honra, à mulher involuntariamente grávida não resta outra alternativa senão guardar silêncio. Muitas vítimas, com medo de novas humilhações, ao invés de procurarem a ajuda do vagaroso Poder Judiciário para abortarem, preferem o caminho da ilegalidade, pois recorrem a clínicas particulares, sempre clandestinas, que acabam por praticar o aborto[19].

Pode-se argumentar, com fundamento no texto da lei, que ao permitir o aborto sentimental o legislador colocou dois conjuntos de valores em confronto e mais uma vez relativizou o direito à vida. De um lado se tinha o direito à vida do produto da concepção (isto em qualquer fase da gestação), e do outro a dignidade da pessoa humana inerente à gestante, aliada às suas liberdades reprodutiva e de escolha. Neste conflito deu-se prevalência sobre o direito de escolha da mulher involuntariamente grávida em continuar, ou não, com aquela gestação.

#### **4. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

##### **4.1 O caso de fetos anencéfalos**

Apesar de não tratar diretamente sobre a anencefalia, nós a utilizamos como um de seus principais argumentos na construção da teoria sobre a a tendência à descriminalização do aborto até o desenvolvimento do córtex cerebral.

O aborto de fetos anencefálicos já foi objeto de vários projetos de lei, porém apenas no Supremo Tribunal Federal houve uma decisão que repercutiu em âmbito nacional, pois oponível *erga omnes*, que foi com a concessão de uma liminar, como se verá adiante.

Foi no Habeas Corpus nº 84025 que houve pela primeira vez como objeto jurídico um feto anencéfalo. Tal fato deu-se em virtude de uma sentença em primeira instância ter concedido a uma gestante o direito de abortar o feto portador de anencefalia. Em face da gestante ter

obtido êxito, o padre Luiz Carlos Lodi, inconformado, impetrou o remédio jurídico em favor do feto, visando impedir que sua genitora lograsse êxito em abortá-lo. A ação não chegou nem a ser julgada pois seu objeto foi perdido, visto que a criança nascera e sete minutos depois teve morte clínica.

No mês de julho do ano 2004, o ministro Marco Aurélio Mello concedeu uma liminar que autorizava todas as mulheres grávidas de fetos com anencefalia a antecipar o parto caso desejassem, reconhecendo à estas um direito equivalente ao constitucional de abortar, através da devida constatação do quadro por laudo médico. Ocorre que cerca de três meses após a concessão da liminar, no dia 20 de outubro de 2004, numa votação em plenário, o STF decidiu por suspendê-la, “fundamentando” sua decisão com o argumento da proteção da vida do feto e de que uma gravidez destas não representa uma tortura a gestante.

Na votação para manter ou derrubar a liminar do Ministro Marco Aurélio Mello, houve forte interferência da sociedade, em especial de grupos religiosos radicalmente contra o aborto. Por sete votos a quatro, a liminar foi suspensa.

Um dos votos vencidos, o Ministro Ayres Brito fez interessante fundamentação, valendo-se de metáforas em seu voto.

No caso do feto com anencefalia, o que se tem no ventre materno é algo, mas que jamais será alguém. O útero é um casulo, o feto é crisálida, mas que jamais chegará ao estágio de borboleta. Estamos discutindo sobre o direito de viver ou o direito de nascer para morrer? Existe o direito de nascer para morrer?[\[20\]](#)

Excluindo os votos vencidos, interessante perceber que num primeiro momento o tribunal se valeu de argumentos científicos, amparados em termos laicos, desprovido de qualquer tipo de influência externa e posteriormente muda radicalmente sua ideia, fundamentando sua decisão com os argumentos de “defesa da vida do feto” e de que “este tipo de gestação não imprime uma tortura à gestante”.

Para mostrar o absurdo desta fundamentação, segue o pensamento da classe médica em relação ao então posicionamento do STF:

A relevância dos direitos à integridade física e direitos à integridade moral, para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda a tortura psicológica (art. 5º, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada).[21]

Percebe-se que a comunidade médica como um todo considera o feto anencefálico desprovido de vida. Então como pôde o Supremo afirmar, sem qualquer tipo de fundamentação razoável, indo de encontro aos conceitos médicos, que este feto possuiria vida, além de que a gestação destas não imprimir à gestante um tipo de tortura? Não há como concordar com uma informação vaga e descabida como esta, mesmo proferida por pessoas de notável conhecimento jurídico. É inegável a lógica e veracidade do parecer elaborado por estudiosos dentro de seu ramo de conhecimento, sendo esta decisão um verdadeiro desrespeito do Supremo àquela classe, negando veracidade às informações daquele, dando prova de que agiu muito mais ao sabor do clamor social do que da razão.

Como poderia nossa Corte Maior ter legitimidade para interferir e pr -julgar em questões intr secas, de cunho personalíssimo, questões estas que dizem respeito   sua sexualidade e liberdade de escolha da mulher, particularmente da gestante? Tal posicionamento, além de infundado juridicamente,   imoral do ponto de vista  tico, pois faz um pré-julgamento de como a gestante irá avaliar e reagir a uma situa o futura e hipotética, determinando com base em convic es pessoais e carregadas de parcialidade o modo de agir e avaliar de um determinado grupo de pessoas.

No dia 13 de abril de 2012 chegava ao fim esta questão no STF através do julgamento da ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpreta o segundo a qual a interrup o deste tipo de gravidez   conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

De acordo com o entendimento firmado, o feto sem cérebro, mesmo que biologicamente vivo,   **juridicamente morto**, não gozando de prote o jurídica e, principalmente, de prote o jurídico-penal. *"Nesse contexto, a interrup o da gesta o de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta at pica"*, afirmou o relator.

De acordo com a Organiza o das Na es Unidas[22], os direitos humanos das mulheres incluem o direito ao controle e   decisão livre e responsável sobre questões relacionadas   sua sexualidade, sem coer o, discrimina o ou violência. Rela es igualitárias entre homens e mulheres incluem respeito   integridade da pessoa, consentimento e responsabilidade compartilhada no comportamento sexual e suas conseq ncias. O tratado da ONU que regulava estes defeitos, ratificado pelo Brasil, claramente não foi respeitado com o julgado de nosso Supremo, ferindo uma norma que tem equipara o   constitucional.

Analisando-se a decisão da Suprema Corte em rela o aos fetos anencef los, percebe-se que pelo fato de ser desprovido de cérebro, retirou-se do feto o direito   vida. O cérebro se revela assim, como um

“super órgão”, capaz de ser o divisor entre se ter, ou não, o direito à vida, como se verá no capítulo seguinte, no tópico “diferencial do cérebro”.

## 4.2 Pesquisas com células-tronco embrionárias

Em 29 de maio de 2009, na ADI 3510, o Supremo Tribunal Federal rejeitou o pedido de reparo do art. 5º da Lei de Biossegurança e aprovou a continuidade das pesquisas com células-tronco embrionárias no país. Para entender a relação que a pesquisa com células-tronco tem a ver com o tema aborto, se faz necessário que se apresente seu conceito e processo de produção.

Células-tronco embrionárias são células retiradas de embriões humanos e possuem a singular capacidade de se diferenciar em qualquer tipo de tecido presente no organismo. São chamadas de células “pluripotentes”, podendo ser utilizadas para desenvolver curas para uma série de doenças que matam ou incapacitam milhões de pessoas, do mal de Parkinson, passando pelos diabetes até as paraplegias causadas por danos à medula. Por isto são consideradas a esperança de cura pelos pacientes que se veem impossibilitados de melhora em seu estado de saúde com tratamentos tradicionais.

O que causa polêmica é o modo como as células-tronco são obtidas. Segue abaixo as etapas do procedimento:

**1** – Óvulos fertilizados em clínica de reprodução assistida se dividem num tubo de ensaio por alguns dias;

**2** – Após cerca de cinco dias, eles chegam ao estágio conhecido como blastocisto, com cerca de uma centena de células;

**3** – Neste estágio, o embrião é destruído e são removidas as células-tronco[23].

Então analisando-se este procedimento percebe-se que: há um produto da concepção (óvulo + espermatozoide); há a maturação deste até o quinto dia, onde chega a ficar com uma centena de células

(blastocisto); e por último há a destruição deste para a remoção das células-tronco.

Conforme já exposto, percebe-se uma forte tendência de se caminhar num sentido divergente do que tratam as leis. Se fôssemos analisar apenas o aspecto formal, a decisão da Suprema Corte em dar continuidade às pesquisas com células-tronco estar-se-ia ferindo os códigos Civil e Penal, assim como a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por salvaguardar os direitos do nascituro desde o momento de sua concepção, este tipo de pesquisa afrontaria abertamente a letra do Código Civil, posto que destrói os embriões para a retirada das células-tronco. Ocorre que, como já se tratou anteriormente, este ordenamento jurídico detém meramente validade formal sobre este ponto, pois confrontando-se a tutela da vida do produto da concepção em seu estágio inicial de desenvolvimento com a possibilidade de cura de doenças até então incuráveis, deu-se prevalência a este último valor. Direito, de acordo com Reale<sup>[24]</sup>, é fato, norma e valor. Falta ao ordenamento jurídico em estudo o valor inerente à decisão do Supremo.

O Código Penal entra na questão quando o analisamos sob a ótica formalista. Se há o “assassinio” de um embrião, como argumentam os opositores, conseqüentemente haveria a prática do delito de aborto ou mesmo de homicídio. Como não há ainda “alguém” para ser assassinado, descarta-se logo esta hipótese. Em relação ao aborto, se assim fosse, o técnico que faz a extração das células dos embriões poderia ser incurso no delito do artigo 126 do Código Penal, que pune aquele que provoca aborto com o consentimento da gestante. Ocorre que como não há gestante, torna-se o crime impossível pela impropriedade absoluta de seu objeto.

A Constituição Federal, como já visto, não precisa em que momento se dá o início da vida humana e conseqüentemente sua proteção jurídica. Da mesma forma, expôs-se que o direito à vida não é absoluto, podendo em determinadas hipóteses ser relativizado. O mesmo raciocínio aplica-se a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Comprova tal pensamento o fato do Supremo Tribunal Federal ter aprovado, sem restrições, a continuidade deste tipo de células no país. Cientistas que realizam pesquisas com células troncos, se utilizando de ovos fecundados para a utilização médica em pacientes com graves enfermidades poderão continuar com suas atividades. Ao adotar tal posicionamento revela-se, portanto, que o momento da materialização do direito à vida se dá em momento distinto do da concepção.

## 5. Legislador de Fato: Jurisprudências a Respeito do Tema

Não foi apenas a ADPF 54 do STF que permitiu o aborto de fetos anencefálicos. Segundo estimativas extra-oficiais, antes desta decisão que conferiu repercussão geral, ocorreram no Brasil cerca de 350 alvarás judiciais autorizando a prática da interrupção seletiva da gravidez em nome de anomalias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina[25]. Como exemplo dessa grande gama, temos o emitido pela Comarca de Londrina, 2ª Vara Criminal:

Não há razão para deixar de afirmar que, no caso da anencefalia, a vida que subsiste não é propriamente falando uma vida humana, a vida de um ser humano destinado a chegar a ser (ou já) pessoa humana. Não se está admitindo a indicação eugênica com o propósito de melhorar a raça ou evitar que o ser em gestação venha a nascer cego, aleijado ou mentalmente débil. Busca-se evitar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, inteiramente desprovido de cérebro e incapaz de existir por si só[26].

Percebe-se que há tempos existia uma tendência (através de liminares e alvarás) para a legalização do aborto de anencefálicos. Tal posicionamento reflete a validade e aceitação dos pensamentos expostos pela Suprema Corte e que embasam nossa teoria de que a vida humana juridicamente tutelada se dá apenas com o desenvolvimento do córtex cerebral..

## 6. Prote o do direito   vida

### 6.1 Direito   vida ou expectativa de direito?

Bitencourt<sup>[27]</sup> entende que, em rela o ao aborto, “O bem jurídico protegido   a vida do ser humano em forma o, embora, rigorosamente falando, não se trata de crime contra a pessoa”. Para este doutrinador, o feto humano não   pessoa, pois para s -lo deve nascer com vida e adquirir os direitos e deveres inerentes   personalidade. Seria o feto em forma o mero detentor de uma expectativa do direito   vida.

  bastante diferente uma expectativa de direito de um efetivo direito. Na primeira, como o próprio nome sugere, há uma possibilidade de se vir a ter um direito qualquer; já na segunda, existe concretamente um direito, seja ele oponível *erga omnes ointer partes*. Ora, não   pelo fato de se haver a possibilidade de se ter determinado direito que pode se dizer que o mesmo exista efetivamente. Caso não houvesse esta diferencia o, poderíamos encontrar uma situa o curiosa, como por exemplo: podemos dizer que há a possibilidade de o escritor deste trabalho vir a ser Presidente da República, pois preenche todos os requisitos exigidos em lei. Então como existe esta possibilidade, caso ele cometa um crime comum atualmente, terá o direito do foro por prerrogativa de fun o, devendo ser julgado como se chefe de estado e governo fosse.

Com o exemplo acima citado, fica fácil perceber a fraqueza do argumento de que uma expectativa de direito de direito   vida   igual ao efetivo direito   vida. Como ser vivo, apenas um produto da concep o, o embrião/feto não tem garantido (apenas por este fato) seu direito   vida, como se depreende da conclusão das pesquisas com células-tronco embrionárias e do aborto de fetos anencefálicos, sendo um detentor de uma mera expectativa de direito, não do efetivo direito em estudo.

## 7. Conclusões

Levando em considera o o exposto acima, resta descobrir a partir de que momento se passa da mera expectativa para efetivo direito   vida. Há muitas ideias implícitas em diversos julgados e decisões de

nosso judiciário que revelarão o momento em que ocorre esta transição, que é de suma importância para a problemática do aborto.

Basta ao legislativo, através de seus parlamentares, ficarem atentos ao gravíssimo problema do aborto e modernizar a legislação sobre o tema, pois há indícios e provas mais que suficientes da ineficiência da legislação atual, caminhando todas as considerações expostas para que o momento da materialização do direito à vida ocorra com a formação do córtex cerebral, como já positivado em diversos países do globo.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Código penal.** Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: VADE Mecum. 3. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2006.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Comentários à constituição federal.** 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

DINIZ, Débora. **Aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais.** Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v5/abortsele.html> Acesso em 20 de out. de 2009.

EMMERICK, Rulian. **Aborto, (Des)criminalização, direitos humanos e democracia.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

ENCICLOPÉDIA Brasileira Mérito, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v.14

JOHNSTON, Robert. **Global Abortion Summary.** 2000-2007, 2008. Disponível em <http://www.oms.org>. Acesso em 14/09/2009.

KALSING, Vera Simone. **O movimento em defesa da vida na votação do aborto legal no Rio Grande do Sul** Disponível em <http://www.sociologos.org.br/textos/outros/aborto.htm>.> Acesso em 10 de out. de 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão.** Curitiba: Juruá, 2009.

LOREA, Roberto Arriada. **Acesso ao aborto e liberdades laicas**. Rio de Janeiro: Horizontes Antropológicos vol.12. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-1832006000200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-1832006000200008&script=sci_arttext)> Acesso em 02 de set. de 2009.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto e sua evolu o histórica**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em 05 de agost. de 2009.

#### NOTAS:

[1] Cf: Vimos que no Brasil, cerca de 270 mil intena es são realizadas anualmente em conseq ncia desta prática.

[2] REALE, Miguel. **Introdu o ao direito**. São Paulo: Saraiva. 19 ed. 2005.

[3] BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 13/10/2009.

[4] Op. cit., nota 4.

[5] KALSING, Vera Simone. **O movimento em defesa da vida na vota o do aborto legal no Rio Grande do Sul** Disponível em <<http://www.sociologos.org.br/textos/outros/aborto.htm>> Acesso em 10/10/2009.

[6] Cf: Até a data da publica o deste trabalho este plebiscito ainda não tinha sido realizado.

[7] SÃO PAULO, O Estado de. **No Brasil, 1 milhão de abortos ilegais por ano**. Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/outubro/no-brasil-1-milhao-de-abortos-ilegais-por-ano/>> Acesso em 28/08/2009.

[8] BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei n  2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 20/07/2009.

[9] GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 617.

[10] Op. Cit. Nota 15.

[11] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. RT: Brasília, 2009.

[12] Cf: Também revela-se uma relativização deste direito os casos de excludente de ilicitude, como a legítima defesa.

[13] Op. Cit. nota 32.

[14] BRASIL. **Novo Código Civil**. Lei 10.406 de 10/01/2002. Brasília: RT, 2009.

[15] Cf: Nidação é o momento em que, na fase de blástula, o embrião fixa-se no endométrio.

[16] Cf: Com exceção do ramo religioso, que é incondicionalmente contra qualquer tipo de meio artificial de controle de natalidade.

[17] CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos = PACTO de San José da Costa Rica. 22 novembro 1969. Disponível em <<http://www.justica.sp.gov.br/downloads/biblioteca/Tratado%Internacional>> Acesso em 10/11/2009.

[18] LOREA, Roberto Arriada. **Acesso ao aborto e liberdades laicas**. Horizontes Antropológicos vol.12. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200008&script=sci_arttext).> Acesso em 02/09/2009.

[19] GOMES, Tiago. **Aborto e direito**. Disponível em <<http://www.aborto.com.br/artigos/abortoedireito.htm>>. Acesso em 17/10/2009.

[20] GALUCCI, Mariana. **Anencefalia: STF proíbe aborto**. Folha Online. São Paulo: 21 de out. de 2004. Disponível em <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=60256>>. Acesso em 10/10/2009

[21] Portal Comunidade Médica. Disponível em <[www.sbdp.org.br/arquivos/material/64\\_peticao\\_inicial\\_2.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/64_peticao_inicial_2.pdf)> Acesso em 14/10/2009.

[22] Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. São Paulo: 29 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.onu-brasil.org.br/>> Acesso em 05/11/2009.

[23] SÃO PAULO, Folha de. **Saiba como são obtidas as células-tronco embrionárias**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u406603.shtml>> Acesso em 01/11/2009.

[24] Op. Cit. nota 23.

[25] DINIZ, Débora. **Aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais**. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v5/abortsele.html>> Acesso em 20/10/2009.

[26] Cf: Alvará emitido pela Comarca de Londrina, 2ª Vara Criminal: 02 diagnóstico: anencefalia; em 01/12/1992.

[27] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 158. v. 2.

## **DIREITO E ECONOMIA DA CONCORRÊNCIA - A ECONOMICIDADE DOS MONOPÓLIOS NATURAIS E AS INEFICIÊNCIAS DO DIREITO REGULATÓRIO**

**ALESSANDRA KRUGER:** analista judiciária no TRF4, graduada com láurea acadêmica em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, bolsista CAPES e DAAD para intercâmbio de graduação na Universidade de Giessen, Alemanha, LL.M. (Master of Law) pela Saarland University, Alemanha, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

**RESUMO:** No presente trabalho busca-se apresentar algumas noções tradicionais de direito e economia da concorrência, demonstrados os benefícios desta política em termos de eficiência. É abordada, principalmente, a questão do impacto social dos monopólios e, mais aproximadamente, dos monopólios naturais. Principalmente, procura-se demonstrar a importância de proceder-se estudos econômicos na matéria, a fim de chegar-se à melhor disposição legislativa em termos de eficiência.

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO.** 1. O instrumental do direito e economia para a compreensão do direito da concorrência e regulatório. A. A contribuição da Law & Economics e sua aplicabilidade ao direito brasileiro. B. Direito e economia da concorrência – o princípio da eficiência. 2. A necessidade de atenção a critérios econômicos na elaboração da regulamentação setorial A. Monopólios naturais e regulação na compreensão econômica. B. Ineficiência da regulação setorial – uma contribuição de Richard Posner. **CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

---

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende uma contribuição ao estudo das interações entre direito antitruste e direito regulatório, revisitando-as

sob a perspectiva de importantes trabalhos na área de direito e economia. Enquanto políticas públicas, definidas dentro de um processo democrático, com objetivo de concretizar objetivos e princípios erigidos na Constituição, merecem elas cuidadosa atenção, devendo-se verificar, economicamente, quais seus impactos em termos de eficiência - enquanto vetor para crescimento e progresso do país.

Inicia-se o presente trabalho com algumas considerações sobre a validade desta perspectiva de análise econômica do direito à realidade jurídica brasileira, passando-se em seguida a uma demonstração das contribuições da disciplina de direito e economia ao direito da concorrência. Na segunda parte do estudo, será abordada especificamente a questão dos monopólios e monopólios naturais para, por fim, trazer, na matéria, as consideráveis críticas de Richard Posner ao direito regulatório, cuja obra clássica *Natural Monopoly and its Regulation*<sup>[1]</sup> é o marco teórico da presente investigação.

Há diferentes versões sobre o uso possível de se fazer dos estudos de direito e economia, sendo uma visão reducionista – que reduziria o direito à Economia – de modo geral, rechaçada. Entretanto, largamente aceita a capacidade explicativa da teoria econômica relativamente a fenômenos jurídicos, bem como seu potencial para prever as consequências das regras jurídicas, este mais intenso, por certo, em algumas áreas do direito do que em outras.<sup>[2]</sup> Ainda que se critique a redução dos objetivos do direito à busca pela eficiência, é difícil negar que a análise econômica do direito se constitua em importante instrumento na mão do jurista, na medida em que explica a realidade e as consequências da tomada da decisão jurídica,<sup>[3]</sup> o que torna válidos tais estudos interdisciplinares.

Diferentes preferências podem orientar o Estado na formulação de políticas públicas, sendo três posições identificadas na literatura a esse respeito: a preferência de implementar políticas públicas respondendo às preferências dos cidadãos, o Estado tendo objetivos próprios, os quais implementaria, ou o Estado agindo orientado exclusivamente pelas preferências daqueles que possuem riqueza, o “governo do capital”.<sup>[4]</sup> Dentro de um regime democrático, somente a

primeira opção pode ser considerada constitucional; entretanto, o desenho da política pública deve ser ótimo, ou pelo menos adequado, a alcançar o que se propõe, o que demanda considerações sobre a eficiência e impacto de uma ou outra lei.

No caso do direito concorrencial e regulatório, é preciso que se tenha em vista que, conforme preconiza John Rawls, em uma democracia liberal os cidadãos devem oferecer as razões verdadeiras para as políticas públicas adotadas, devendo a legislação, então, atender aos propósitos a que se destina.<sup>[5]</sup> Razões econômicas, então, podem sustentar ou retirar a validade das políticas públicas de concorrência e regulação, respectivamente se demonstrada sua eficiência ou ineficiência. E a eficiência, conforme coloca Robert Cooter, é sempre relevante para o desenvolvimento de políticas públicas, porque é sempre melhor atingir uma política a custos mais baixos do que a custos altos.<sup>[6]</sup>

Contribuição maior da análise econômica é ajudar a perceber o direito de uma forma nova, mais objetiva e empírica, que é especialmente importante na visualização e compreensão das políticas públicas.<sup>[7]</sup> É principalmente importante para o estudo do direito antitruste e regulatório, que lidam diretamente com fenômenos econômicos, com análises de mercados e preços. Veja-se que, no Brasil, tanto a afirmação de uma política de concorrência efetiva quanto o crescimento expressivo do direito regulatório são fenômenos relativamente recentes, datando da década de 90, pelo que a análise econômica de alguns fatores relevantes, já consolidadas na América do Norte, podem, *mutatis mutandis*, contribuir para uma revisão da prática atual brasileira.

Conforme referido, não é objetivo do presente trabalho uma análise exaustiva das considerações econômicas no direito da concorrência e regulatório, mas somente o questionamento de algumas acepções "populares"<sup>[8]</sup> relativamente à regulação dos monopólios, demonstrando que alguns instrumentos legislativos que hoje são utilizadas na busca da eficiência não necessariamente conduzem a ela, pelo que deveriam ser revistos. A ideia é somente atentar para a existência

e solidez desse debate, buscando extrair dele contribuições profícuas ao direito brasileiro.

## **1. O instrumental do direito e economia para a compreensão do direito da concorrência e regulatório**

### **A. A contribuição da Law & Economics e sua aplicabilidade ao direito brasileiro**

O movimento da Law & Economics, que se utiliza de uma interdisciplinaridade entre essas duas matérias, aproveitando conceitos e noções da economia para a compreensão e solução de casos jurídicos, é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado, mormente nos Estados Unidos da América,[\[9\]](#) tendo ganhado mais visibilidade mundial a partir dos anos oitenta.

Referida doutrina teve seu surgimento e expansão no meio jurídico norte americano, por razões culturais, demorando algumas décadas para atingir significativamente outros sistemas jurídicos. Isto em consequência, principalmente, de um histórico ideológico de utilitarismo no pensamento jurídico, contrastado com, por exemplo, a filosofia alemã, que fortemente influenciou o modelo jurídico europeu, sempre marcada pelo anti- utilitarismo, pelo idealismo.[\[10\]](#) Além dessa razão histórica, um dos motivos comumente apontados para a propensão dos Estados Unidos à incorporação da economia em seus estudos jurídicos é a própria estruturação do currículo acadêmico, que já torna muitos estudantes - que cursaram a faculdade de economia antes de ingressarem no direito - menos interessados em detalhes doutrinários e mais predispostos a uma visão interdisciplinar.[\[11\]](#)

A proximidade entre essas duas disciplinas justifica seu estudo em conjunto, podendo tanto o direito contribuir para os economistas em sua análise dos fenômenos econômicos, quando a economia auxiliar na análise dos fenômenos jurídicos, no impacto econômico das leis, e mesmo na busca da melhor resposta a um caso concreto, ao indicar a solução mais ótima em termos de eficiência. Esta interdisciplinaridade é possível e desejável na medida em que tanto o

direito quanto a economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade.[\[12\]](#)

A disciplina da Law & Economics iniciou com a defesa de uma quase dominação do direito pela economia, pelo que deveria o direito servir a concretizar tão somente o crescimento econômico da sociedade, consubstanciado na maximização da riqueza. A maximização da riqueza como fundação ética para o direito foi uma tese radical defendida pelo autor Richard Posner na década de 70; entretanto, com a disseminação da doutrina e o aprofundamento dos estudos, verificou-se uma evolução no sentido de reconhecer que, a despeito da essencial contribuição da economia, o direito a ela não se limita, necessitando, por vezes, de considerações que ultrapassam a maximização da riqueza. O mesmo autor, posteriormente, reconheceu que, para certos dilemas, mesmo um indivíduo comprometido com a Law & Economics teria que tomar posições de filosofia política ou moral.[\[13\]](#)

A disciplina da Law & Economics traz, porém, um reconhecimento importante: de que todas as leis promulgadas surtem um determinado impacto na sociedade, que pode ser mais ou menos eficiente do ponto de vista da maximização de riqueza, ou mesmo, do ponto de vista do objetivo daquela norma em concreto. Desta forma, o estudo da Law & Economics provê uma teoria comportamental capaz de predizer como as pessoas respondem à lei, baseado em como elas respondem a incentivos,[\[14\]](#) que pode nortear a definição de políticas públicas. Somado a esta prerrogativa, o estudo da *Law & Economics* permitiria que os tribunais entendessem um pouco das consequências econômicas das suas decisões e pudessem, então, considerar essas consequências em suas decisões, conquanto essa interpretação não trouxesse muita incerteza sobre a aplicação da lei.[\[15\]](#)

Uma compreensão que, inúmeras vezes, falta tanto ao legislativo pátrio quando ao jurista e ao aplicador da lei é a de que os direitos têm custo, para as partes e para a sociedade, assim como a garantia da sua execução. O próprio valor de cada bem comercializado depende já dos direitos de ação que emergem dessa comodidade e no modo como, economicamente, esses direitos são executados.[\[16\]](#) Cinco

conceitos fundamentais de economia podem ser ditos imprescindíveis ao estudo do direito: (i) escassez – justamente a origem dos problemas sociais e, conseqüentemente, jurídicos; (ii) maximização racional - parte-se do pressuposto de que os indivíduos farão escolhas que maximizem seus interesses pessoais[17]-; (iii) equilíbrio, enquanto padrão comportamental atingido quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente; (iv) incentivos (preços implícitos); e (v) eficiência, no sentido de maximização de ganhos e minimização de custos[18].[19]

O presente estudo parte do reconhecimento, portanto, de que ciências econômicas e a perspectiva econômica são importantes instrumentos a serem utilizados na definição de políticas públicas. A *Law & Economics* pode prestar indispensável contribuição na elaboração e concretização dessas políticas, definindo a justificativa econômica da ação pública. Mais. No estado brasileiro, as considerações econômicas devem obrigatoriamente permear as razões de adoção de uma determinada política pública, em vista do princípio constitucional da eficiência, que deve nortear a atuação da Administração Pública.

A Constituição da República adotou a “eficiência” como parâmetro de atuação da Administração Pública, erigida como princípio constitucional no Art. 37, *caput*. [20] Disto se extraem algumas conseqüências, nomeadamente: (i) de que todas as políticas públicas adotadas devem basear-se em normas que conduzam à maximização de riquezas dentro da sociedade; (ii) de que, existindo duas formas de moldar-se uma mesma política pública que maximize riquezas, obrigatoriamente deverá ser escolhida aquela mais eficiente e, principalmente, (iii) de que, adotada uma política pública, deve-se estudar seu impacto na sociedade e, verificando-se empiricamente que os custos da política pública adotada superam seus benefícios, deve ela ser afastada ou reformulada.

Em países em desenvolvimento como o Brasil, o emprego eficiente dos recursos existentes deve ser uma prioridade nacional, necessitando a sociedade brasileira de instrumentos jurídicos eficientes que estimulem atividades produtivas, democracia, livre iniciativa,

inovação e redução da corrupção e burocracia.[21] A análise das políticas públicas, portanto, não pode prescindir de estudos econômicos sérios, baseando-se somente em acepções populares de economia; neste ponto, os estudos de *Law & Economics* trazem inquestionável contribuição, sendo, portanto, plenamente aplicáveis no cenário jurídico brasileiro.

As políticas públicas foco do presente estudo, direito da concorrência e direito regulatório, têm cunho eminentemente econômico, porquanto buscam justamente acomodar os agentes de mercado de maneira a melhor permitir a concretização dos objetivos do Estado. É cediço na doutrina brasileira que os interesses protegidos pela defesa da concorrência identificam-se com a preservação do mercado, promoção da eficiência econômica e satisfação dos consumidores.[22] A eficiência, como se vê, é neste contexto o elemento fundamental, fazendo as normas de defesa da concorrência menção expressa, Art. 36, §1º, art. 88, §6ª, “c” da Lei 12.529/2011. Portanto, os estudos de *Law & Economics* não somente contribuem, mas mostram-se imprescindíveis para a compreensão e análise dessas políticas no cenário brasileiro, conforme se verá.

## **B. Direito e economia da concorrência – o princípio da eficiência**

Para Hayek, somente o mercado é capaz de oferecer espaço à liberdade, entendendo-se liberdade como a condição do ser humano na qual a coerção de uns sobre os outros é reduzida tanto quanto possível – sendo o indivíduo sob coerção aquele que se encontra privado de utilizar os seus conhecimentos e recursos para alcançar seus objetivos próprios.[23] A defesa da ordem econômica pela legislação antitruste visa primordialmente à promoção e a proteção do próprio mercado concorrencial como um bem juridicamente protegido.[24] Parecendo adotar esse entendimento, a Lei de Defesa da Concorrência brasileira reconhece o mercado como um bem público (Art. 1º, § único da Lei 12.529/11).

A concorrência é dita assegurar a alocação eficaz dos recursos, ao combinar fatores de produção para obter a maior

produtividade; também assegura a eficiência distributiva, na medida em que os fatores de produção são remunerados de acordo com o valor que o mercado lhes atribui, além de impulsionar a inovação e progresso tecnológico e, conseqüentemente, o desenvolvimento dos países.[\[25\]](#) Importante lembrar ainda o importante papel da concorrência em assegurar a liberdade dos atores.[\[26\]](#)

Por esta razão, é extremamente importante aos Estados assegurarem uma política de concorrência coerente e eficaz.[\[27\]](#) Imprescindível uma visão ampla dos interesses dos envolvidos e do funcionamento da estrutura do mercado em questão. De fato, a nova economia institucional, buscando os fundamentos do antitruste, volta-se a um estudo institucional, econômico-jurídico, que investiga elementos básicos para a realização das transações de mercado.[\[28\]](#)

No entendimento da respeitada estudiosa do direito da concorrência, a autora Paula A. Forgioni, a lei antitruste desempenha função diversa em cada sistema jurídico e momento histórico.[\[29\]](#) A autora lista em sua obra uma série de objetivos que já foram atribuídos às leis antitruste, dentre eles (i) redistribuição de renda, (ii) proteção das pequenas empresas, (iii) concentração do poder político, (iv) controle regional dos negócios, (v) proteção dos trabalhadores, (vi) eficiência econômica, (vii) bem-estar do consumidores, controle de preços, obtenção de resultados econômicos desejáveis (progresso, estabilidade de produção etc.), (viii) promoção da concorrência, (ix) promoção de condutas leais, (x) limitação das grandes empresas, (xi) controle do poder político de grandes conglomerados, (xii) ampliação da capacidade competitiva de empresas nacional, etc.[\[30\]](#)

É preciso que se reconheça que, a despeito de a Carta Maior elencar a eficiência como princípio norteador da atividade administrativa, e a lei de concorrência evidenciar a relevância deste critério na análise da conduta dos atores de mercado, a política de concorrência nacional, consubstanciada principalmente, hoje, na Lei 12.529/2011, tem o declarado objetivo de "*assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social*", conforme o art. 170 da Constituição Federal. (art. 170 CF). De fato, a questão dos

objetivos da política antitruste assume contornos bastante ideológicos; dentre os objetivos possíveis, a promoção da eficiência como fim único é que permite o menor grau de atuação estatal.[31]

Do ponto de vista do Estado intervencionista moderno pretende-se que do funcionamento do mercado resulte uma situação materialmente adequada a cada um dos indivíduos, aceitável de acordo com os critérios da justiça social e que se concretiza na melhoria da situação dos mais desfavorecidos.[32] O autor Richard A. Posner diverge abertamente desta posição: entende que todas as outras perspectivas sobre o direito da concorrência, que não a abordagem econômica, foram ao longo dos anos sendo paulatinamente afastadas.[33] Tendo em consideração que o direito da concorrência lida com fenômenos que são eminentemente econômicos, utiliza-se o autor de uma citação do caso *United States v. Syufy Enterprises* para sumarizar seu entendimento: "*Like all antitrust cases, this one must make economic sense*".[34]

Na visão de Posner, portanto, não é válido usar-se a política de concorrência para promover outros objetivos além da eficiência, como promover as pequenas empresas - até porque os pequenos negócios normalmente são prejudicados, e não ajudados, pela promoção da concorrência - ou promover uma distribuição mais igual de lucros ou bem estar.[35] Deve haver, por certo, uma correlação entre os instrumentos da política antitruste e os objetivos possíveis de serem concretizados com a sua implementação.[36]

Um mercado perfeitamente competitivo é caracterizado por um grande número de compradores e vendedores que comercializam produtos homogêneos e pela ausência de barreiras à entrada, no qual cada produtor individual tem pouca influência sobre o mercado e toma o preço dado em sua decisão de oferta.[37] Uma das condições necessárias ao funcionamento dos mecanismos de mercado é que os produtores sejam tomadores e não formadores de preços; na medida em que as empresas têm o poder de influenciar o preço, deixa-se de obter os resultados mais eficientes em um mercado competitivo.[38] Contudo, já é atualmente reconhecido que este mercado descrito é meramente ideológico, sendo que a realidade é um mercado sempre tendente à

presença de oligopólios tem poder; ainda assim, é o modelo (real) que se tem de funcionamento eficiente.

A escola de Chicago, com expoentes como Aaron Director, Ronald Coase e Posner, defende o menor grau possível de regulamentação da economia do Estado, de maneira que o jogo da concorrência deveria desenvolver-se livremente, com o mínimo de interferência estatal.<sup>[39]</sup> Esta escola traz para o antitruste a análise econômica do direito, instrumento de busca da eficiência alocativa do mercado; percebe o antitruste em ambiente livre de conflito de princípios ou outros interesses. O comportamento ineficiente dos agentes econômicos tenderia a levar a um aumento de preços, que sempre prejudicaria, por fim, os consumidores.<sup>[40]</sup>

Os estudos de direito e economia da concorrência demonstram então, ser o objetivo primordial dessas legislações, o alcance da maior eficiência possível nos mercados. Todos os demais objetivos eventualmente incluídos em uma política de concorrência fogem, em verdade, ao seu escopo, sendo essas legislações, inclusive, consideradas inaptas à promoção desses fins. Não se está negando, cumpre referir, que a legislação de concorrência nacional, por exemplo, efetivamente declare objetivar a promoção da dignidade, a proteção dos consumidores, entre outros objetivos; o argumento é de que, a despeito de tais considerações constarem da letra da lei, os instrumentos da política antitruste somente o podem alcançá-lo indiretamente, na medida em que promovam a eficiência.

Estas considerações, por certo, também implicam em um limite à política de concorrência: sendo escopo desta política a promoção da eficiência, não há justificação para forçá-la em campos em que a concorrência é menos eficiente do que o monopólio, porque os custos do monopólio serão superados pelos ganhos de centralizar a produção em uma só empresa.<sup>[41]</sup>

Dentre as falhas de mercado apontadas que prejudicam a concorrência, o poder de mercado e o monopólio são as primeiras, além das externalidades, os bens públicos e as assimetrias

informacionais.[42] As falhas de mercado justificam, sob o prisma da defesa do mercado concorrencial e dos interesses dos consumidores, a intervenção do Estado, para que este torne o mercado concorrencial.[43] Há um consenso entre economistas que os preços de monopólio são presumidamente ineficientes, seja pelo conceito de eficiência de Pareto, seja pelo de Kaldor-Hicks.[44] E como a ineficiência deve ser combatida, surge a necessidade da política de concorrência.

No sistema jurídico brasileiro, tanto no plano constitucional quanto no da lei ordinária, há uma clara opção em favor de um direito da concorrência orientado no sentido de uma disciplina estrita das situações monopolísticas.[45] Assim é que a Constituição Federal tem como ilícito concorrencial central o abuso do poder econômico (artigo 173, §4º CF).[46]

O detentor de monopólio é um vendedor que pode mudar os preços pelos quais seu produto vai ser vendido no mercado, ao mudar a quantidade que ele vende.[47] Esse poder sobre o preço, essência da ideia de monopólio, deriva do fato de que o preço de mercado é inverso à quantidade do produto. Em um regime de concorrência, quando um vendedor diminui a quantidade do seu produto, essa margem logo será apropriada por um vendedor concorrente, mantendo o preço do mercado. No caso de um monopólio, essa tomada não é tão rápida,[48] embora possa incentivar empresas em outros mercados a competirem pelo monopólio, justamente em vista desse lucro excedente.

Alguns custos do monopólio são comumente conhecidos. Conforme referido, o detentor de um monopólio maximiza seu lucro escolhendo o nível de produção para o qual o lucro marginal e os custos marginais são iguais.[49] O preço torna-se muito alto e a quantidade produzida é muito reduzida pelo ponto de vista da eficiência.[50] Além disso, a possibilidade do agente monopolista aumentar seus preços faz com que um certo número de consumidores passe a buscar produtos para substituir àqueles, os quais terão, porém, produção mais cara do que o bem monopolizado, sendo que este custo adicional se traduziria em uma perda para a sociedade, que não é recuperada.[51]

Outro aspecto visto como negativo na atuação dos monopólios é o (suposto) inerente desestímulo à inovação e à melhoria da eficiência da atividade.[\[52\]](#) Entretanto, Richard Posner combate essa assertiva, considerando-a é inconsistente com o princípio econômico fundamental de que uma oportunidade perdida tem um custo analiticamente igual a uma perda sofrida. Embora, por certo, uma empresa em regime de concorrência tenha mais a perder por não implementar uma inovação ou redução de custos imediatamente, uma empresa detentora de um monopólio que falha em explorar uma oportunidade também corre o risco de ser tomada por outra que possa oferecer aos acionários maiores lucros sobre suas cotas.[\[53\]](#) Há alguma evidência empírica de que a concorrência supera o monopólio neste ponto, contudo, justamente porque permite uma melhor avaliação, comparativa, da performance da sua administração.[\[54\]](#)

O autor Gordon Tullock, oportunamente, utiliza-se de uma metáfora para explicar que os custos de um monopólio vão mais além, porém, do que o populismo dita: a economia do roubo. O roubo de um bem é a mera transferência, pelo que se poderia assumir que não implica em qualquer custo social. Mas este raciocínio está, por óbvio, incorreto, pois o roubo tem sim altos custos sociais: o investimento de capital e trabalho na atividade de roubo, e na proteção contra o roubo. Esse comprometimento de recursos com essas atividades resulta em uma perda total de recursos à sociedade em geral.[\[55\]](#)

Da mesma forma, cada monopólio estabelecido irá gerar mais gastos em tentativas de outras empresas de ingressarem ou constituírem novo monopólio, bem como gastos para o detentor do monopólio manter a sua posição.[\[56\]](#) Assim, o bem estar dos consumidores sequer é transferido para o monopólio, mas é dissipado na investida para manter o monopólio.[\[57\]](#) A consciência destes custos torna, assim, os benefícios de uma política de concorrência eficiente mais evidentes.

Da breve exposição supra dos benefícios de um mercado onde predomina o regime de concorrência e onde os monopólios são mais raros e instáveis, extrai-se a conclusão de que, a partir de uma análise

econômica, o direito da concorrência é justificável e imprescindível para alcançarem-se resultados eficientes em uma economia liberal. Não há concorrência perfeita a dispensar a disciplina legal dos mercados pela legislação concorrencial. Por qualquer flanco de análise, resta hialina o potencial desta política para garantir um aumento da riqueza social.

Se os benefícios da política de concorrência restam assentes, com potencial para prevenir monopólios ou reprimir abusos maiores de poder por parte daqueles inevitáveis, a mesma certeza não envolve o direito regulatório, tópico desta segunda parte do estudo.

## **2. A necessidade de atenção a critérios econômicos na elaboração da regulamentação setorial**

### **A. Monopólios naturais e regulação na compreensão econômica**

A reforma do Estado perpetrada ao longo da década de 90 consumou a desregulação da economia, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico, a desmonopolização de empresas estatais e a concessão de serviços públicos, passando-se do Estado prestador para o Estado regulador.<sup>[58]</sup> A regulação econômica voltou-se inicialmente aos serviços que afetam o interesse público, as *utilities* do direito norte americano, e os serviços públicos, na acepção europeia e latino americana. A justificativa de sua criação seria a incapacidade de a dinâmica dos mercados evitar o abuso do poder econômico cometido pelos agentes nele atuantes, mormente se o mercado exhibe característica monopolística.<sup>[59]</sup>

O monopólio corresponde a uma estrutura de mercado com apenas um produtor; já o monopólio natural corresponde a uma situação na qual a configuração mais eficiente é com apenas um produtor, geralmente quando há elevada economia de escala e de escopo, de modo que o menor preço seja obtido somente quando a empresa detém todo o mercado. Neste caso, a função de custo de uma empresa qualquer é subaditiva, isto é, o custo de produzir a quantidade necessárias é inferior a qualquer combinação de produções de outras empresas.<sup>[60]</sup>

A existência de um monopólio natural implica na aceitação da posição dominante do controlador do bem, ficando este, contudo, condicionado ao atendimento de uma obrigação ampla de fornecimento do bem essencial às empresas que dele dependem. Essa obrigação deve ser entendida como abrangente da oferta de acesso ao mercado em condições tais que viabilizem a atuação de outros agentes econômicos, em ambiente concorrencial. O problema das *essencial facilities*, típicos monopólios naturais, só se resolve, então, quando o acesso a esse bem essencial é garantido em condições e preços adequados.[\[61\]](#)

Os problemas comumente apontados relativamente aos monopólios naturais são (i) custos irrecuperáveis elevados, (ii) circunstâncias propícias ao comportamento oportunista; (iii) desequilíbrio informacional em razão do conhecimento técnico altamente especializado.[\[62\]](#) Por esta razão, os estudos tradicionais de direito e economia indicam que a existência de um monopólio natural constitui uma situação na qual o funcionamento do mercado não conduz a uma solução eficiente, sendo, neste caso, a defesa da concorrência insuficiente enquanto política pública.[\[63\]](#) Assim sendo, a intervenção regulatória somente iria acrescentar para a busca da eficiência em mercados com esta estrutura.

Os principais monopólios naturais remanescentes são as redes de telefonia e transmissão e distribuição de energia elétrica, tendo o desenvolvimento econômico possibilitado uma divisão de algumas fases na cadeia destes serviços, e oportunizado, assim, em certo nível, a introdução do regime de concorrência.[\[64\]](#) Conforme visto, as lições de direito e economia são essenciais para a análise daqueles mercados submetidos ao regime de concorrência; entretanto, algumas atividades, como é o caso do transporte e distribuição dos serviços de energia, por exemplo, remanescem como monopólios naturais, e são submetidos ao direito regulatório, em lugar do direito concorrencial. Neste caso, a eficiência desta regulação merece também atenção dos estudiosos de direito e economia.

Ademais, a recente introdução da concorrência nestes setores foi condicionada à submissão das atividades que não são

monopólios naturais (como a de produção de energia, por exemplo) à atividade regulatória, ao lado do direito concorrencial, para fins de garantir o acesso às redes de transmissão, acrescentando a importância do estudo dos impactos econômicos desta. As evoluções históricas da política antitruste e regulação trouxeram uma delimitação entre essas, deixando à política de concorrência a proteção dos mecanismos de mercado, e à regulação a substituição desses mecanismos diante de falhas de mercado consideradas insuperáveis – poder de mercado, informação assimétrica, bens públicos e externalidades.<sup>[65]</sup>

A distinção entre direito da concorrência e o direito regulatório pode ser feita com base em alguns elementos que são exclusivos deste último: ao direito regulatório compete a determinação de preços dos bens e serviços regulados, a promoção da concorrência nos mercados estruturalmente hostis a ela e a expansão induzida desses mercados.<sup>[66]</sup> O direito da concorrência permite que os preços sejam fixados por mecanismos de mercado, sendo reprimido somente o abuso do poder econômico, ou acordos e práticas que diminuam injustificadamente ou fulminem a concorrência.

A regulação, ademais, incorpora um conjunto maior de metas, como a universalização dos serviços, integração regional, meio ambiente, entre outros.<sup>[67]</sup> Tem, entretanto, elevados custos sociais, conforme se verá; a manutenção de um marco regulatório, de início, já avulta pesados custos administrativos, para execução direta e indireta deste, manutenção das agências reguladoras e investimentos dos regulados para garantir um bom relacionamento com estas e eventual beneficiamento.

Conforme visto, na sua definição econômica clássica, monopólio natural é o mercado no qual a demanda pode ser satisfeita por uma empresa com custo mais baixo do que o seria por duas ou mais, independentemente do número de empresas que eventualmente atuem nele.<sup>[68]</sup> Na presença de um monopólio natural, por consequência, a concorrência não é um mecanismo válido para a regulação do mercado. A questão que se coloca é se, dado este cenário, a existência de um marco regulatório é imprescindível e, mais importante, se é eficiente e

economicamente desejável. Na visão de Richard Posner, trazida adiante por ser resultado de uma detalhada análise dos fatores econômicos envolvidos, a regulação dos monopólios naturais traz consigo custos que extrapolam seus benefícios, e que mesmos nestes mercados, seria melhor deixar as forças econômicas determinarem as condutas empresariais, sujeitas, somente, ao direito concorrencial.[\[69\]](#)

O principal problema que apresenta um monopólio é a sua capacidade de aumentar os preços dos produtos acima do seu custo[\[70\]](#), diferença esta chamada de “lucro de monopólio” (*monopoly profit*). É, por isso, extremamente condenado, pois obriga os consumidores a pagarem mais pelo produto do que o fariam sob um regime de concorrência[\[71\]](#), tendo alegadamente efeitos negativos sobre a distribuição de renda, estabilidade econômica, alocação de recursos, etc. Exclui consumidores do uso de produtos ao qual eles atribuiriam o valor do preço competitivo e, assim, impedindo que o sistema econômico satisfaça necessidades que poderiam ser atendidas.[\[72\]](#)

A compreensão chamada por Posner de "popular" é de que um dos maiores custos do monopólio seria a alocação ineficiente de recursos, porquanto o preço pago a mais para o consumidor lhe faria mais falta do que agregaria no bem-estar do detentor do monopólio. Essa assertiva, contudo, olvida que o conceito de eficiência passa pelo reconhecimento de que um dólar vale o mesmo para todos, a chamada eficiência de Kaldor-Hicks, ou maximização da riqueza. Embora a eficiência não seja o único componente do bem-estar social, argumenta o autor que ela é um importante componente deste e o único que a política de concorrência pode ajudar a atingir.[\[73\]](#)

Tradicionalmente, então, o direito regulatório tem sido visto como melhor alternativa para a redução das ineficiências observadas na existência de um monopólio natural. A ideia é que seria necessária uma agência reguladora, que imponha regras de conduta e fiscalize seu cumprimento, a fim de evitar os lucros do monopólio, obrigar a investimentos e a manter a qualidade do produto, bem como a atender a todos os consumidores/usuários (universalidade). Conforme se verá, contudo, o autor Richard Posner consegue demonstrar, em sua obra tida

como marco teórico do presente estudo, que os custos da regulação setorial podem facilmente ultrapassar seus benefícios.

### **B. Ineficiência da regulação setorial – uma contribuição de Richard Posner**

A primeira premissa que o autor ataca é a de que a possibilidade da cobrança de preços acima do seu custo impactaria negativamente na distribuição de renda da população, prejudicando consumidores. Neste ponto, não há falar-se propriamente em ineficiência, porquanto o valor cobrado a mais dos consumidores passa aos vendedores dos produtos, e a sociedade mantém-se igualmente rica.

O problema social apontado é justamente aquele da distribuição de renda. Neste ponto, entretanto, o autor ressalva que mesmo os insumos essenciais – energia e água -, a partir de um determinado nível de consumo, deixam de ser essenciais para tornarem-se um luxo; neste caso, os consumidores mais abastados estão pagando pelo produto o valor que lhe atribuem, não se sentindo diminuídos em sua riqueza por fazê-lo. A questão da distribuição de renda que seria preocupante, em verdade, é aquela relacionada às pessoas que vivem na miséria; para estes, porém, a redistribuição dos lucros do monopólio reduziria o seu estado de miséria somente em uma quota muito pequena, quase insignificante.<sup>[74],[75]</sup>

Um problema que remanesce, relativamente aos consumidores, contudo, é o incentivo de detentor do monopólio de reduzir a qualidade dos produtos, mantendo o mesmo preço, ou aumentar o preço, mantendo uma qualidade baixa. No geral, porém, o detentor do monopólio tentará abranger o maior número de consumidores com o seu produto, a fim de maximizar seu lucro; neste sentido, então, a empresa não será indiferente à qualidade dos seus produtos, mas acabará por adequar o binômio preço-qualidade às preferências demonstradas pelos consumidores.<sup>[76]</sup> Conforme adrede referido, mesmo em situações de monopólio, uma oportunidade não aproveitada se iguala a uma perda de capital, rechaçada pelos acionistas da empresa.

De qualquer forma, considerando-se o intento de maximização de lucros da empresa (e dos sócios) detentora do monopólio, é vislumbrado que esta procurará atingir o maior número de consumidores possíveis dentro do lucro pretendido, pelo que os preços, a despeito de incluírem os lucros de monopólio, não tendem a ser estabelecidos excessivamente acima do custo. Semelhantemente, o detentor de um monopólio terá incentivos para investir em inovação tecnológica, justamente para evitar a perda do seu monopólio devido ao progresso tecnológico, mas também para que os consumidores agreguem mais valor ao produto vendido, aumentando o seu lucro. Ademais, uma empresa que atua em monopólio dispõe de mais recursos para investir em pesquisa.<sup>[77]</sup>

O mesmo argumento é válido para a alegada ineficiência interna dessas empresas: ainda que a direção da empresa esteja pretendendo obter ganhos para si, acumular apoio político, construir outros prédios, uma gestão inadequada dos recursos internos somente irá afastar esses objetivos.<sup>[78]</sup> Contudo, em razão do monopólio, há neste aspecto alguma perda, na medida em que inexistente comparativo para os sócios controlarem a eficiência interna da empresa. A ineficiência interna dessas empresas pode apresentar-se, desta forma, como um problema à alocação eficiente dos recursos, uma vez que estas não estão sujeitas a uma ameaça de falência constante como aquelas em regime de concorrência; contudo, há também uma tendência a evitar esse problema em certa escala, a fim de não impedir a lucratividade da empresa.

De uma maneira geral, conforme aponta Posner, a objeção tradicional aos monopólios tem uma parte de verdade relativamente aos detentores de monopólios naturais, embora o autor não entenda como muito sérios os problemas apontados. Conforme referido, em razão da sua intenção de obter lucros, a direção de uma empresa em monopólio tem fortes incentivos para reduzir custos e inovar; ademais, não há quaisquer indicações razoáveis, com base nesta mesma premissa de aumento de lucro, que os detentores de monopólios irão abusar do público, projetar seu monopólio para mercados competitivos através da prática de preços predatórios ou gozar de poder político maior do que uma grande empresa em regime de concorrência. Ainda, o autor entende como não sendo de

grande preocupação social ou condenação moral o efeito distributivo dos lucros do monopólio natural, em razão do seu insignificante efeito sobre a situação de miséria da população que vive neste estado.[\[79\]](#)

O estudo da economia do monopólio natural impõe o reconhecimento, então, de que há certa perda de riqueza na existência de um monopólio natural comparativamente ao regime de concorrência; entretanto, desmente a gravidade dos problemas sociais que daí adviriam, na ausência de qualquer regulação. Mas mais significativas são as considerações de custo-benefício, demonstrando que praticamente inócuas são as medidas potencialmente adotadas pelas agências regulatórias, mormente em razão da assimetria informacional entre regulador e regulado.

Uma vez que os preços praticados e lucros das empresas detentoras de um monopólio são vistos como o custo maior ao bem estar social, o centro do direito regulatório é a determinação de lucros máximos destas empresas. Neste ponto, é questionável se as agências regulatórias de fato conseguem exercer muito controle sobre essas empresas, e se este conduz a ganhos de eficiência para a sociedade. Isto porque uma determinação precisa, no caso concreto, da taxa de lucro razoável à empresa é tarefa difícil, mormente porque os preços do monopólio não poderão ser comparados com os de outras empresas.

Ademais, a empresa regulada tenderá a exagerar nas suas necessidades, demandando a possibilidade de cobrar preços mais altos. Devido à dificuldade, então, de a agência determinar com certeza quais os custos são inevitáveis e quais não o são, a dúvida será usualmente resolvida em favor da empresa, evitando-se qualquer prejuízo aos consumidores do serviço.[\[80\]](#) E mesmo no caso em que a agência obriga a empresa a reduzir os preços, a tendência é uma correspondente redução na qualidade, mais difícil de ser constatada.[\[81\]](#) Caso fosse a regulação extremamente eficiente, e o detentor do monopólio nunca obtivesse lucros além daqueles pré-determinados, de acordo com os seus custos, ele não teria qualquer incentivo para reduzir estes custos, quando automaticamente teria que passar a cobrar um preço mais baixo.[\[82\]](#)

Por certo que esta regulação é capaz de prevenir lucros flagrantemente acima do razoável, mas estes, conforme vistos, não tendem a prevalecer, em razão dos próprios mecanismos de mercado. Richard Posner chega a descrever o direito regulatório como um ritual no qual os participantes fazem um show barulhento mas vazio de adversidade, a fim de reafirmar sua posição, e então encontram um acordo em um nível não muito distante daquele que seria atingido pelos mecanismos de mercado.<sup>[83]</sup> Na visão do autor, o direito regulatório tende a conduzir a uma alocação ineficiente de recursos como efeito colateral, encorajando a expansão da planta da empresa, que será então computada como investimento, ainda que desnecessária;<sup>[84]</sup> o lucro proibido pela regulação será transformado em custos – no quais, inclusive, estarão incluídos os salários dos diretores, suas facilidades, que poderão aumentar, então, seu lucro pessoal, sem desprezar as margens de lucros pré-determinadas.

Outro efeito colateral é que a empresa tenderá a engajar mais recursos para obter apoio governamental, uma vez que deste depende, agora diretamente, as suas margens de lucro autorizado; a captura da agência reguladora também é um perigo conhecido.<sup>[85]</sup> Ainda, o detentor de um monopólio natural tem incentivos para expandir suas atividades para mercados não regulados, até mesmo verticalmente, transferindo, assim, os lucros do monopólio do mercado regulado para o não regulado. Conforme visto, esta expansão para outros mercados, com transferência dos lucros de monopólio a fim praticar concorrência predatória, tende a não ocorrer na existência de monopólio natural não regulado, porquanto o detentor do monopólio não tem incentivos financeiros para expandir suas atividades para outros mercados.<sup>[86]</sup> A regulação de preços, portanto, apresenta efeitos colaterais de má alocação de recursos que tendem a superar os benefícios de um controle, dentro do (pouco) possível, dos lucros do monopólio.

No tocante à regulação das taxas cobradas pelo serviço, o direito regulatório tem sido eficiente em compelir à utilização de parte de seus lucros para subsidiar a extensão desses serviços àquelas pessoas que não poderiam pagar por ele, garantindo a universalidade dos serviços. Na visão de Posner, contudo, essa alocação de recursos limita a escolha dos

consumidores, porquanto, em lugar de obrigar as empresas a operarem com prejuízo, seria mais adequado dar a estas pessoas uma parcela dos impostos recolhidos a mais dessas empresas, quando elas somente conduzissem atividades lucrativas, e deixar cada indivíduo decidir se precisa de comunicação e transporte, ou de casa e comida, por exemplo.[87]

O controle da entrada de empresas no mercado também é visto como capaz de produzir efeitos nefastos, porque acaba por prolongar uma situação de monopólio mesmo em um mercado que já poderia ter deixado de ser um monopólio natural, pelos avanços tecnológicos, e isto justamente pela imposição do direito regulatório, que estaria a inibir injustificadamente a concorrência.[88] Além disso, uma vez lograda pela empresa a entrada, o direito regulatório deixa de ser uma barreira, para protegê-lo de outros (potenciais) concorrentes e, com isso, permitir o aumento de preços contra os consumidores.[89] A experiência regulatória dos países desenvolvidos revela uma elevada probabilidade de “captura” das agências regulatórias pelos segmentos que deveria ser regulados, principalmente em razão da assimetria de informação em desfavor do setor público.[90]

O ciclo, no entender de Posner, poderia ser facilmente quebrado, na medida em que fosse abandonada a regulação de entrada no mercado, sendo esta injustificável. Da mesma forma, a regulação dos preços tem, conforme explanado, pouca justificação, sendo que a legislação concorrencial ofereceria proteção adequada contra abuso de poder de mercado.[91] Segundo Posner, não há antítese entre política de concorrência, inteligentemente concebida, e o alcance de performances eficiente sob as condições de monopólio natural, já que este é justamente objetivo dessa política.[92] Nas palavras do autor M. E. Beesley,[93] *“a preferable alternative to detailed regulation of costs, profits or prices is greater reliance on competition policy.”*

Há diferentes níveis de justificação para o controle regulatório, mas em nenhum caso, defende Posner, os benefícios superam claramente os custos – com efeitos de desincentivo, efeitos colaterais e, além disso, os custos administrativos para o governo e

indústria.<sup>[94]</sup> Conforme se vê, essa visão relativamente aos monopólios naturais é radicalmente contrastante com as noções populares que se têm da economicidade destes, bem como dos custos sociais que efetivamente se pode esperar de sua atuação exclusivamente sob controle dos mecanismos de mercado e direito da concorrência.

A despeito de não poder-se esperar que as considerações ora trazidas sejam imediatamente creditadas pela compreensão jurídica atual do direito da concorrência e regulatório, a sugestão de que este último seja ineficiente a ponto de seus custos superarem os custos sociais dos monopólios naturais é proposição que deveria ser, no mínimo, verificada. A falha em incorporar estudos de economia neste campo do direito é prejudicial à compreensão do direito regulatório, mistificando-se a ideia de que este seja a única alternativa ao combate do abuso de poder dos detentores do monopólio.

Mormente as políticas públicas voltadas a regular e ordenar o funcionamento dos atores econômicos no mercado devem ser analisadas quanto a sua eficiência e contribuição para o aumento de riqueza da sociedade em que se inserem. Por certo que, especialmente na ordem constitucional nacional, há outros objetivos cuja concretização se pretende através do direito da concorrência e do direito regulatório – contudo, o fato de a eficiência não ser o único critério de avaliação não retira a sua importância, porquanto principalmente desse fator depende as vantagens econômicas dos consumidores.<sup>[95]</sup>

Portanto, se o direito regulatório, na sua configuração atual, apresenta diversos pontos de ineficiência, por certo que estudos econômicos nesse campo são necessários, objetivos e livres de preconceitos, para que possa ser elaborada uma configuração jurídica mais adequada e eficiente ou, sendo o caso, para que se reduza tanto quanto possível o escopo do direito regulatório, deixando o controle dos abusos de mercado ao direito antitruste.

## CONCLUSÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se apresentar algumas noções tradicionais de direito e economia da concorrência, demonstrados

os benefícios desta política em termos de eficiência. Abordada, principalmente, a questão do impacto social dos monopólios e, mais aproximadamente, dos monopólios naturais. Principalmente, buscou-se demonstrar a importância de proceder-se estudos econômicos na matéria, a fim de chegar-se à melhor disposição legislativa em termos de eficiência.

Relativamente às noções de concorrência, o autor Richard Posner afasta algumas considerações ditas econômicas que, no seu entender, são somente populistas. Dentre elas, o fato de que uma transferência de valores do mais rico para o mais pobre aumentaria a utilidade da pessoa mais pobre mais do que diminuiria a da mais rica, pelo que a política de concorrência deveria servir para garantir uma redistribuição de renda; ou de que o monopólio facilitaria a manipulação, pela empresa, do processo político para obter legislação protetiva, argumentando que estas empresas têm menos incentivo para procederem assim do que aquelas sob regime de concorrência.

Ademais, a visão populista defende que a concorrência deve promover pequenas empresas e restringir a ação de grandes empresas; entretanto, pequenas empresas não são menos propensas a violar a concorrência do que as grandes, justamente porque, do ponto de vista de uma pequena empresa, a melhor política de concorrência é a inexistência de leis concorrenciais. Na visão econômica da concorrência, portanto, esta política é inapta a promover outros interesses, diversos da eficiência. Essa eficiência, culminando com o aumento de riquezas na sociedade, seria o meio mais hábil a promover os interesses dos consumidores.

Relativamente ao direito regulatório, visto que sua imposição traz consideráveis custos sociais, sem que os benefícios sejam empiricamente verificados em proporção maior, quando analisada mais de perto a relação entre regulados e reguladores. As contribuições econômicas na matéria indicam que uma redução no escopo do direito regulatório – intensificando-se a aplicação do direito concorrenciais – traria benefícios sociais com aumento de eficiência na atuação dos detentores

de monopólio e redução dos custos advindos de um fortalecimento dos reguladores.

Nesta seara, imprescindível a promoção de maiores estudos relativamente aos efeitos do direito regulatório, fins de constatar a veracidade da sua alegada indispensabilidade – até o presente não confirmada pelos estudos de direito e economia no ponto –, bem como seus benefícios efetivos, relativamente a seus conhecidos custos. Somente assim poderá desenhar-se uma política eficiente, que passará pela redução da atuação dos reguladores no mercado, deixando-o mais propenso à concorrência, somente reprimindo-se os abusos de poder, controle que poderá ser relegado à autoridade antitruste. No ponto, importante o reconhecimento de que as acepções populares e discursos moralistas não devem ser suficientes para embasar tais políticas, de cunho predominantemente econômico.

O instrumental do Direito Econômico, como se viu ao longo das presentes páginas, efetivamente é o mais adequado à compreensão dos problemas jurídicos decorrentes das medidas de política econômica postas em prática mesmo no contexto de monopólios naturais; mesmo a compreensão da presença do interesse público ou dos desvios em relação a este que se possam verificar, muitas vezes, dependem do arcabouço teórico e empírico providos pelos estudos de direito e economia. Os estudos econômicos na matéria não devem, portanto, desalojar o arcabouço jurídico existente, mas complementá-lo, na busca de soluções satisfatórias para problemas de mercado, os quais demandam uma percepção adequada e desmistificada da realidade.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Fernando. *Análise Econômica do Direito- programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008.

BASEDOW, Jürgen, *et. al.* (Ed.) *Economic Regulation and Competition*. Haia: Kluwer Law International, 2002.

BEESELY, M. E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2ª ed. New York: Routledge, 1997.

BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado regulador. In: MOLL, Luiza Helena (Org.). *Agências de Regulação do Mercado*. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2002.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico*. Porto Alegre: Nova prova, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

COASE, R.H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, (Oct.,1960), pp. 1 – 44.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008.

DEMSETZ, Harold. The Exchange and Enforcement of Property Rights. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 7, (Oct., 1964), pp. 11-26.

DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31, No. 1, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1161168>>.

MIRAGEM, Bruno, *Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência*

brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

\_\_\_\_\_. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: CATO Institute, 1999.

\_\_\_\_\_. The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, vol. 83, n. 4 (ago., 1975), p. 807 – 828.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: ATICA, 2000.

ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Hermílio. Elementos para uma análise do estado contemporâneo: em torno das políticas públicas. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito e Economia*. São Paulo: Thomson IOB, 2005.

\_\_\_\_\_ (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, 5:3 (Jun., 1967), p. 224 – 232.

ULLEN, Thomas S. *Rational Choice Theory in Law and Economics*. Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>>.

VAN DEN BERGH, Roger J., CAMESASCA, Peter D. *European Competition Law and Economics*. Antwerpen: Intersentia, 2001.

#### NOTAS:

[1] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999.

[2] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[3] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012. p. 175.

[4] SANTOS, Hermílio. Elementos para uma análise do estado contemporâneo: em torno das políticas públicas. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 32.

[5] RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: ATICA, 2000.

[6] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008. p. 4.

[7] Idem, p. 11.

[8] POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 23.

[9] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.50

[10] GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31, No. 1, 2008. p. 309. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1161168>>.

[11] Idem, 329.

[12] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49.

[13] POSNER, *apud* SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?” In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 59.

[14] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008. p. 4.

[15] COASE, R.H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, (Oct.,1960), p. 19.

[16] DEMSETZ, Harold. The Exchange and Enforcement of Property Rights. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 7, (Oct., 1964), p. 17.

[17] Os economistas partem da premissa de que cada ator quer maximizar algo: consumidores maximizam utilidades, empresas lucros, políticos votos, etc., assumindo-se que a maior parte das pessoas são racionais, e a racionalidade requer maximização. COOTER, P.16 Maximização racional é geralmente usada no sentido formal: consumidores têm preferências comparativas e procuram maximizar a utilidade que tiram dessas preferências, sujeito a várias limitações (quantidade de renda, tempo, etc.). ULLEN, Thomas S. *Rational Choice Theory in Law and Economics*. p. 792. Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>>. Mesmo havendo

consumidores que se comportam diferentemente, as presunções básicas da teoria de preços (diminui-se a produção, aumenta o preço e vice-versa) se mantêm (empiricamente). Idem, p.794.

[18] Existem dois principais conceitos de eficiência: a chamada eficiência ou ótimo de Pareto, proposta pelo economista italiano Vilfredo Pareto em 1897, em sua obra *Cours d'Économie Politique*, existe quando é impossível melhorar a situação de uma pessoa sem, para isso, ter que piorar a situação de outra. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008. p. 17. Ou seja, ao menos uma pessoa tem que se beneficiar da mudança, sem que nenhuma outra sofra prejuízo. Como este conceito de eficiência impede praticamente qualquer mudança, a não ser por unanimidade, outro modelo de eficiência desenvolvida e mais amplamente utilizada é a chamada eficiência de Kaldor-Hicks, nomeada conforme seus propositores, Nicholas Kaldor e John Hicks, que requer que aquele que ganha, ganhe mais em valor do que aquele que perde. Se essa condição é satisfeita, a mudança será eficiente. Essencialmente, trata-se de uma técnica de análise de custo-benefício. Idem, p. 47.

[19] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

[20] ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.136.

[21] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?”. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 61.

[22] MIRAGEM, Bruno, *Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 144.

[23] HAYEK, 1983, *apud* SANTOS, Hermílio. *Elementos para uma análise do estado contemporâneo: em torno das políticas públicas*. In:

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia*. São Paulo: Thomson IOB, 2005. p. 25.

[24] BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econ mico*. Porto Alegre: Nova prova, 2006. p. 15.

[25] MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2006. p. 129

[26] Segundo o teorema proposto por de Ronald Coase, a interferência do Estado em negocia es privadas gera crescentes custos de transa o e obstaculiza, conseqüentemente, uma melhor aloca o de recursos pela sociedade. COASE, R.H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, (Oct.,1960).

[27] As expressões direito da concorrência e política da concorrência são por vezes utilizadas como sin nimos. Hoekman e Mavroidis definem o direito da concorrência como “o conjunto de regras e disciplinas mantidas pelos governos com o objetivo de contratar tentativas para monopolizar o mercado.” Apud OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25 Por sua vez, a política de concorrência tende a ser compreendida de modo mais amplo, com o conjunto de medidas utilizadas pelos governos para intensificar a concorrência nos mercados, incluindo, por exemplo, liberaliza o destes, políticas de privatiza o, etc. Ibidem.

[28] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regula o e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57. Entre seus membros podem ser incluídos autores como A. Alchian e H. Demsetz, O. Williamson, F. Hayeck, entre outros. Comum a esses autores seria a preocupa o essencial com as institui es em substitui o   preocupa o neoclássica com mecanismos microecon micos de orienta o do mercado. Idem, p. 58.

[29] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5  ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012. p. 160.

[30] Idem, p. 161.

[31] *Idem*, p. 163.

[32] MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 35.

[33] POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. vii.

[34] United States v. Syufy Enterprises, disponível em: <<http://people.stern.nyu.edu/wgreene/entertainmentandmedia/Syufy.pdf>>.

[35] POSNER, *Op. Cit.* p. 2.

[36] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012. p. 161.

[37] *Idem*, p. 159.

[38] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 137.

[39] FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012. p. 169.

[40] *Idem*, p. 170.

[41] POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 2.

[42] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008. p. 43.

[43] BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico*. Porto Alegre: Nova prova, 2006. p. 21.

[44] POSNER, *Op. Cit.* p. 2.

[45] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 47.

[46] *Idem*, p. 49.

[47] POSNER, *Op. Cit.* p. 3.

[48] Situação consagrada nas palavras de John Hicks, "*The best of all monopoly profits is a quiet life*". *Apud* POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 3.

[49] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008. p. 36.

[50] *Idem*, p. 43.

[51] POSNER, *Op. Cit.* p. 12.

[52] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 135.

[53] POSNER, *Op. Cit.* p. 20.

[54] POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 21.

[55] TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, 5:3 (Jun., 1967), p. 230.

[56] *Idem*, p. 231.

[57] POSNER, Richard A. The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, vol. 83, n. 4 (ago., 1975), p. 821.

[58] BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado regulador. In: MOLL, Luiza Helena (Org.). *Agências de Regulação do Mercado*. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2002. p. 25.

[59] DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271.

[60] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 133.

[61] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44.

[62] OLIVEIRA; RODAS. *Op. Cit.* p. 134.

[63] *Idem*, p. 138.

[64] ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 290.

[65] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 137.

[66] DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 286.

[67] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 139.

[68] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 1.

[69] *Idem*, p. 3.

[70] “Custo”, na definição de Richard Posner, é um conceito compreensivo e que inclui, além dos gastos para produzir um insumo, um retorno razoável de capital, que é o retorno necessário para atrair o capital que a empresa precisa. POSNER, Richard A.. *Antitrust Law*. 2.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 10.

[71] O autor anota, contudo, que os preços absolutamente concorrenciais sequer podem ser tomados como referência para a comparação com os preços de monopólio, porquanto não são mais a regra na economia atual, caracterizada por oligopólios, os quais tendem já a evitar uma competição de preços muito acirrada. POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 14-15.

[72] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 7.

[73] POSNER, Richard A.. *Antitrust Law*. 2.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 23.

[74] POSNER, Richard A.. *Antitrust Law*. 2.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 28.

[75] Caso o detentor do monopólio fosse autorizado, por exemplo, a cobrar tarifas diferentes a diferentes grupos de consumidores, devido ao seu intuito natural de maximização de lucros, ele automaticamente aumentaria os valores cobrados dos consumidores mais ricos, que atribuem maior valor àquele insumo, e passaria a cobrar dos consumidores mais pobres um valor próximo ao seu custo, conduzindo a uma alocação eficiente de recursos. Contudo, a discriminação de preços conforme descrita é, na prática, difícil de ser realizada com perfeição, conduzindo à necessidade de classificação dos consumidores, o que pode acabar por conduzir a restrições ainda mais severas. POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 29.

[76] Idem, p. 45.

[77] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 38.

[78] Idem, p. 35.

[79] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 52-53.

[80] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 57.

[81] Idem, p. 56.

[82] Idem, p.61.

[83] Idem, p. 59.

[84] Idem, p. 62.

[85] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 148.

[86] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 69.

[87] Idem, p. 72.

[88] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 77.

[89] POSNER, Richard A. The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, vol. 83, n. 4 (ago., 1975), p. 818.

[90] OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 148.

[91] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 80.

[92] Idem, p. 84.

[93] BEESLEY, M. E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2ª ed. New York: Routledge, 1997. p. 31.

[94] POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 86.

[95] POSNER, Richard A.. *Antitrust Law*. 2.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 23.

## **DESCRER DA DEMOCRACIA: UMA CAUSA EM PAUTA NA SOCIEDADE OCIDENTAL CONTEMPORÂNEA**

**ALESSANDRA NOREMBERG:** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul - RS com bolsa CNPQ. Bacharel em Direito (2014) pela Faculdade de Direito de Santa Maria - RS. Especialista (2016) em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Especializanda em Direito de Família e das Sucessões pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul - RS com bolsa CNPQ. Advogada.

**Resumo:** Esta pesquisa bibliográfica busca compreender porque a sociedade contemporânea aparentemente tem desacreditado do modelo democrático, tornando-se omissa quanto às decisões políticas, mesmo as mais relevantes. Também, procura-se delimitar o conceito de democracia, seu surgimento, fundamentação e sua evolução, considera-se ainda fundamental identificar os principais modelos de democracia, suas características e seu surgimento bem como as suas vantagens, entretanto busca identificar as principais críticas aos modelos democráticos que levaram ao descrédito e a falta de participação popular. Pois, concluiu-se que há muito a ser construído sobre as políticas públicas voltadas a democracia e também nota-se que a corrupção tomou conta do mundo político, que poucos não participam das negociações entre as empresas que buscam um lugar de destaque no cenário político e econômico.

**Palavras-chave:** Democracia. Direitos Humanos. Participação Política.

**Abstract:** This bibliographical research seeks to understand why contemporary society apparently has discredited the democratic model, becoming silent on political decisions, even the most important. Also, we try to define the concept of democracy, its

appearance, rationale and its evolution, it is still considered essential to identify the main models of democracy, its characteristics and its appearance as well as its advantages, however seeks to identify the main criticisms of the models democratic that led to the discredit and lack of popular participation. Therefore, it was concluded that there is much to be built on public policies to democracy and also notes that corruption has taken hold of the political world, which few do not participate in negotiations between the companies seeking a prominent place on the political scene and economic.

Keywords: Democracy. Human rights. Political Participation.

---

## INTRODUÇÃO

A Democracia sempre foi o sonho da maioria das populações. Pensar em um regime em que se aponta que é “do povo, para o povo e pelo povo”, deixou de ser o único sonho da sociedade. Considera-se que hoje, o maior sonho do povo é acreditar que exista a democracia, que este regime solucione as crises existentes em vários países. Deixou-se de acreditar na democracia, pelos fatos que estão ocorrendo nas últimas décadas no que se refere à democracia. Principalmente, no que se refere à falta de ética, de moral, a ganância, aos privilégios, a corrupção, enfim, a falta de responsabilidade dos políticos com a sociedade que confia em seus representantes. O povo cansou, com isso, a democracia, incentivo da população, cada vez mais vai se definindo, deixando de ser meta da sociedade. Dessa maneira, busca-se respostas para quais as causas que levam a sociedade contemporânea a desacreditar da democracia, conseqüentemente a não participar politicamente, visto que, a cada dia menos pessoas acreditam na política e na democracia.

Esta pesquisa bibliográfica, busca compreender porque a sociedade contemporânea aparentemente tem desacreditado do modelo democrático, tornando-se omissa quanto às decisões políticas, mesmo as mais relevantes. Também, procura-se delimitar o conceito de democracia, seu surgimento, fundamentação e sua evolução, considera-se ainda fundamental identificar os principais modelos de democracia, suas características e seu surgimento bem como as suas vantagens, entretanto

busca identificar as principais críticas aos modelos democráticos que levaram ao descrédito e a falta de participação popular.

Muitos fatores têm contribuído para o insucesso democrático, mas espera-se que as bases dessa pesquisa, principalmente no que se têm observado em entrevistas, discussões sobre o tema. Pretende-se através de leitura e análise de material textual elaborar este artigo embasado na visão de teóricos e pesquisadores que buscam resposta a este questionamento. Neste estudo tem-se a pretensão de trabalhar com a pesquisa bibliográfica articulada com a documental dentro da área de concentração dos Direitos Humanos, onde se utiliza a linha de pesquisa do Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania.

Com isso, em um primeiro momento será abordada a conceitualização de Democracia surgimento, fundamentação e a evolução; em seguida, na segunda parte, será realizada explanação acerca dos modelos de democracia, suas características, surgimento e suas vantagens e finalizando a pesquisa as principais críticas aos modelos democráticos que levaram ao descrédito e a falta de participação popular.

## 1 DEMOCRACIA: SURGIMENTO, CONCEITO, FUNDAMENTAÇÃO E EVOLUÇÃO

A Democracia surgiu a partir de momento em que o homem se organizou no intuito de organizar uma sociedade em que o povo governava para o povo, em que tomava decisões sobre a maneira de trabalhar suas atividades em comunidade. Segundo Dahl (2001) pode-se perceber que no momento em que os seres vivos viveram juntos e sobreviveram as necessidades básicas da vida, e por conseguinte, habitualmente, teriam criado um sistema em que havia indícios de democracia, pois nota-se que viviam na bases da igualdade, onde os mais velhos e os mais experientes, participavam das decisões que vinham a ser tomada pelo grupo. Pois, segundo o autor, isto pode ter acontecido de fato, "conforme esta bastante comprovado pelos estudos de sociedades tribais ágrafas. Portanto, durante muitos milhares de anos, alguma forma primitiva da democracia pode muito bem ter sido o sistema político mais "natural" (DAHL, 2001, p.20). Entretanto, a partir do momento em que os

grupos passaram a se estabilizar, criando suas comunidades, com a agricultura e a comercialização ficou de lado as ideias de liberdade e a participação popular, porém se intensificou as “formas de hierarquia e dominação tornaram-se mais “naturais”. Em consequência, os governos populares desapareceram entre os povos estabelecidos por milhares de anos” (DAHL, 2001, p.20). O autor constatou que o sistema foi substituído pela “monarquia, despotismo, aristocracias ou oligarquias, todos com base em alguma forma de categorização ou hierarquia” (DAHL, 2001, p.20).

Dahl expressa que aproximadamente a 500 a.C., surge uma nova ideia sobre governabilidade, entre vários povos, e observa-se segundo o autor:

[...] parece terem ressurgido condições favoráveis em diversos lugares, e alguns pequenos grupos de pessoas começaram a desenvolver sistemas de governo que proporcionavam oportunidades bastante amplas para participar em decisões de grupo. Pode-se dizer que a democracia primitiva foi reinventada em uma forma mais avançada. Os avanços mais decisivos ocorreram na Europa - três na costa do Mediterrâneo, outros na Europa do Norte (DAHL, 2001, p.20).

Assim, pelo que se pode perceber, a Democracia é muito remota, considera-se segundo Diniz (2016) que o surgimento desde a Grécia Antiga possui muitos pontos de discussão e análise. “Grandes nomes da filosofia e da ciência política como Heráclito, Platão, Aristóteles, Rousseau, Montesquieu, Marx e outros se dedicaram ao seu estudo, deixando um legado muito valioso para a aplicação da mesma” (DINIZ, 2016, p.1). Dessa maneira, verifica-se que a Democracia possui vários conceitos, entre eles salienta-se o pensamento de Amado (2015) que busca uma compreensão mais consistente do significado de democracia. Visto que, “a partir daqui, seguir discorrendo sobre crise da democracia representativa, necessidade de regeneração dos partidos políticos e participação popular sem se ter uma noção muito clara do sistema

adotado pela grande maioria dos países ocidentais” ( 2015, p.1). Compreende-se que democracia é vista principalmente sobre os aspectos etimológicos, mas o autor busca por um significado mais esclarecedor, principalmente no que se pode referir à sociedade ocidental.

Etimologicamente, demos = povo e kratos = poder, donde se conclui que, em tradução simples, direta e literal, democracia = poder do povo. Mas, a mera disposição etimológica da palavra está muito longe de explicitar toda a complexidade deste instituto que, até os dias atuais, provoca calorosos debates acerca das suas características e elementos identificadores. Afinal, quem é o povo? Como se atribui tal poder ao povo? Como seguir o decidido pela maioria? Como respeitar o direito da minoria? (AMADO, 2015, p.1)

Nesse sentido, ainda pode-se considerar os conceitos mais apontados por vários autores conforme quadro1:

**Quadro 1: Democracia - Conceitos**

SARTORI (1993)	O termo grego democracia designa, no sentido etimológico, o poder (kratos) do povo (demos). Demos significa “os cidadãos da polis, da pequena cidade-estado. [...] a democracia exige uma estrutura social horizontal em que os seus membros se considerem socialmente iguais. Adianta que a igualdade é o símbolo da revolta contra os privilégios, as vantagens ou desvantagens de nascimento. Acrescenta que a democracia é entendida como um ethos igualitário, “uma forma de viver e de conviver” que implica “igualdade de estima”.
BOBBIO (2007)	Democracia é, assim, no seu sentido literal, a forma através da qual o poder político é exercido pelo povo. [...] afirma que a democracia é a forma

	mais bela de governo porque pressupõe a igualdade de direitos, a obrigação de prestar contas por parte do governo e o dever de todas as decisões serem tomadas em comum.
PLATÃO (2003)	A democracia é “o poder da multidão”.
ARISTÓTELES (1998)	Refere-se ao poder de “muitos”; “quando os muitos governam em vista do interesse comum, o regime recebe o nome comum a todos os regimes: regime constitucional”. Aristóteles considera que “a democracia é um desvio em relação ao regime constitucional, porque visa o interesse dos pobres e não o interesse da comunidade”.
CAGGIANO (2011)	A democracia é o reino das liberdades. É a única forma política de organização de poder garantidora da liberdade que exige ampla participação e autonomia. [...] o ser humano é político e que, como tal, “vem, ao longo da sua história, desenvolvendo fórmulas que, organizando o poder e a tomada das decisões políticas, busquem exatamente a salvaguarda de sua liberdade”
FERREIRA FILHO (1972)	A democracia é uma forma de governo que se diferencia das demais por apresentar uma maneira plural de exercer o poder soberano, a partir da relação entre governantes e governados.
HOUAISS; VILLAR (2001)	Democracia é “governo em que o povo exerce a soberania”, ou seja, um governo feito pelo povo e que tem por detentor do poder o próprio povo, algo que se deduz também pela sua própria construção etimológica: <i>demos</i> , que significa povo, mais <i>kratos</i> , que é governo ou poder.
ROUSSEAU (1999)	Defende a democracia direta, uma vez que entendia que não haveria respeito às liberdades individuais no modelo democrático representativo,

já que, ao votar, o indivíduo perderia sua soberania e ademais, para o referido autor, a vontade geral seria o resultado da soma das vontades individuais.

**Fonte:** Elaborado por Noremborg (2016)

Mas na verdade o conceito que a maioria das populações aceita e divulga, em qualquer âmbito é de que Democracia está na consciência de que é um governo do povo, para o povo e pelo povo.

Por outro lado, percebe-se que as ideias de Platão e de seu discípulo Aristóteles expressam sobre as formas de governos, onde se pode verificar a diferença, marcante para o estudo da democracia, saber como está estruturada a relação e, dessa maneira, conceituar democracia, então:

Partindo do princípio de que o fim do Estado é facilitar o alcance do bem comum, tanto Platão quanto Aristóteles dividem as constituições possíveis (ou seja, as possíveis formas de governo) em duas categorias: justas e injustas. Afirmam que ocorrem três formas de constituições justas e outras tantas injustas. Constituições justas são aquelas que servem ao bem comum e não só aos interesses dos governantes. Estas são a *monarquia*, isto é, o comando de um só que cuida do bem de todos; a *aristocracia*, isto é, o comando dos virtuosos, dos melhores, que cuidam do bem de todos sem se atribuir nenhum privilégio; a *república* ou *politia*, isto é, o governo popular que cuida do bem de toda a cidade. Ao contrário, constituições injustas são aquelas que servem aos interesses dos governantes e não ao bem comum. São elas: a *tiranía*, ou seja, o comando de um só chefe que persegue o próprio interesse; a *oligarquia*, ou seja, o comando dos ricos que procuram o bem econômico pessoal; a toda a diferença social em nome da igualdade (MONDIN, 1980, p. 121 apud MEDEIROS, 2013, p.1)

Ainda pode-se perceber que a Democracia, é diferente de tirania e de oligarquia, que são governos injustos com suas populações. Neste sentido, a caracterização da Democracia está organizada de maneira a favorecer o povo com suas lutas por direitos iguais a todos, a procura de um sistema que promovesse a vivência do povo de forma pacífica e com seus direitos humanos em primeiro lugar, e segundo Morais (2016):

[...] em poucas palavras, é possível dizer que, para que o homem pudesse conviver em sociedade de maneira pacífica, foi preciso que um arranjo político fosse estabelecido para que isso se tornasse possível, e, nessa esteira, a democracia tem se mostrado desde a Civilização Antiga grega o caminho para que o homem melhor desenvolva sua convivência social e, concomitantemente, sua liberdade (MORAIS, 2016, p.1).

Ainda, a autora expõe que na antiguidade, entre os gregos o tipo de democracia usada era a direta, com a participação direta dos cidadãos, visto que, a indireta é o exercício através de representação política, onde os representantes são escolhidos através do voto pela população (MORAIS, 2016).

A democracia foi evoluindo e, a partir do século XVIII, sobretudo após a Revolução Francesa, ela aparece como um arranjo político desejado pela sociedade, mas não sob o mesmo formato da democracia direta, mas como modalidade de governo representativo, já que o aumento populacional, as distâncias e outros fatores prejudicariam um autogoverno exercido diretamente pelo povo (GONÇALVES, 2009 apud MORAIS, 2016, p.1).

No que se refere à visão da Democracia, a partir da visão de Rousseau (1999) citado por Morais (2016), quando argumenta que o modelo a ser implantado possui como dificuldade reunir todos os cidadãos em um só lugar para decidir e tomar decisões políticas, e complementa:

Se tomarmos o termo no rigor da acepção, nunca existiu verdadeira democracia, nem jamais existirá. É contra a ordem natural que o grande governo governe e o pequeno seja governado. Não se pode imaginar que o povo permaneça constantemente reunido para ocupar-se dos negócios públicos; e vê-se facilmente que não seria possível estabelecer comissões pra isso sem mudar a forma de administração (ROUSSEAU, 1999, p. 83 apud MORAIS, 2016, p.1).

Então, diante de tal argumentação, percebeu-se que a influência de Rousseau no século XX decaiu pelas novas ideias da “ascensão dos direitos sociais e pela primazia dos direitos sociais, dos direitos da sociedade com o advento do Estado Social de Direito, momento em que o interesse social passa a ser mais importante que os interesses individuais” (URBINATI, 2003 apud MORAIS, 2016, p.1).

No que se refere aos elementos essenciais da Democracia, como forma de legitimar as decisões do sufrágio nos termos almejados pelos cidadãos, que vai além do pluralismo pode-se verificar que são:

(1) liberdade de associação, no sentido de criar associações e a essas se filiar; (2) liberdade de expressão; (3) direito de voto; (4) elegibilidade para cargos públicos; (5) direito dos líderes políticos disputarem respaldo popular; (6) fontes alternativas de informação; (7) eleições livres e competitivas; (8) instituições hábeis a assegurar a política governamental ressonância no âmbito do corpo eleitoral, expressa por via de sufrágio ou por outro meio de manifestação de preferências políticas. Estes elementos, aliás, conformam e garantem a verificação da figura conhecida como *responsiveness*, isto é? a conformização

da decisão política às perspectivas da sociedade (CAGGIANO, 2011, p.14 apud MORAIS, 2016, p.1).

Esta visão de Democracia é o que a população almeja, mas também se deve esclarecer que nem sempre está disposta nestes elementos essenciais e concebe-se que a visão atual da Democracia é bem outra. A Democracia possui um papel muito diferente, Aristóteles subdistingue cinco formas que são:

1) Os ricos e pobres participam do Governo em condições paritárias. A maioria é popular unicamente porque a classe popular é mais numerosa. 2) Os cargos públicos são distribuídos com base num censo muito baixo. 3) São admitidos aos cargos públicos todos os cidadãos entre os quais os que foram privados de direitos civis após processo judicial. 4) São admitidos aos cargos públicos todos os cidadãos sem exceção. 5) Quaisquer que sejam os direitos políticos, soberana é a massa e não a lei. Este último caso é o da dominação dos demagogos ou seja, a verdadeira forma corrupta do Governo popular (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINI, 1998, p. 330 apud MEDEIROS, 2013, p.1).

Na realidade, a Democracia não adquiriu a visão que deveria possuir conforme sua concepção foi substituída por muitas facetas que aparecem com as peripécias de políticos mal intencionados. E nos últimos anos, não há mais uma credibilidade no que tange a Democracia, o desejo de uma revisão sobre o sistema político tem aflorado entre as populações. A sociedade busca por alternativas que combatam principalmente a corrupção e a falta de comprometimento dos representantes eleitos para com a população que os elegeu.

Antes de ponderar sobre a Democracia na contemporaneidade, deve-se verificar os principais modelos de Democracia, as suas características, seu surgimento e suas vantagens.

## 2 DEMOCRACIA: MODELOS, CARACTERÍSTICAS, SURGIMENTO E VANTAGENS

A Democracia apresenta alguns modelos com características distintas e que surgiram em diferentes épocas e, também apresenta vantagens que podem ser configuradas de acordo com cada modelo. Nesse sentido, Miranda define “Nem todas as democracias são iguais. [...] Há ideal democrático e inúmeras formas variantes, imperfeitas, que vão do mínimo (a que se possa chamar, sem risco de erro, democracia), até forma ideal e   execu o ideal”. (MIRANDA, 2002, p. 213 apud GIMENES, 2012, p.15). Nesta pesquisa busca fundamenta o teórica para três modelos específicos, que são: a democracia direta, a indireta ou representativa e a semidireta ou participativa.

### 2.1 Democracia direta

Inicialmente vale-se verificar o que   a democracia direta, pois a mesma   a forma mais rara de exterioriza o, sendo que poucas vezes foi exercida na história humana, embora muitos historiadores acreditam que este modelo apenas ocorreu na época da Grécia Antiga, precisamente em Atenas, onde a popula o se reunia em praça pública para tomar as decisões sobre os assuntos da sociedade, mas há discordâncias, autores declaram que “na verdade um tipo de aristocracia, pois apenas um pequeno percentual da popula o da Pólis participava das decisões, sendo excluídos os escravos e as mulheres” (GIMENEZ, 2012, p.16). No quadro 2 podem-se verificar alguns conceitos de Democracia Direta.

**Quadro 2:** Democracia Direta - Conceitos

Na antiguidade	
Silva (2011, p. 136)	“Democracia direta � aquela em que o povo exerce, por si só, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica”

Ferreira Filho (2009, p. 83)	“A democracia direta, ou seja, aquela em que as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembléia, é uma reminiscência histórica, ou uma curiosidade quase que folclórica”.
Bonavides (2006, p. 288)	“A escura mancha que a crítica moderna viu na democracia dos antigos veio, porém da presença da escravidão. A democracia, como direito de participação no ato criador da vontade política, era privilegio de intima minoria social de homens livres apoiados sobre esmagadora maioria de homens escravos. De modo que autores mais rigorosos asseveram que não houve na Grécia democracia verdadeira, mas aristocracia democrática o que evidentemente traduz um paradoxo [...].
Na atualidade	
Dallari (2011, p. 152)	[...] Trata-se de uma assembléia, aberta a todos os cidadãos do Cantão que tenham o direito de votar, impondo-se a estes o comparecimento como dever. <i>ALandsgemeinde</i> reúne-se ordinariamente uma vez por ano, num domingo da primavera, podendo, entretanto, haver convocações extraordinárias. Na maioria dos casos só foi admitida a convocação pelo Conselho Cantonal, havendo Cantões, entretanto, que admitiram a convocação por certo número de cidadãos. Há uma publicação prévia dos assuntos a serem submetidos à deliberação, podendo ser votadas proposições de cidadãos ou do Conselho Cantonal, remetendo-se a este todas as conclusões. <i>A Landsgemeinde</i> vota leis ordinárias e emendas à Constituição do Cantão, [...].

**Fonte:** GIMENEZ (2012)

Dessa maneira pode-se perceber que a Democracia Direta não é conhecida diretamente pela população, ela é uma vantagem para

pequenas populações, onde todos podem participar das decisões, em contraponto:

[...] Primeiramente, um Estado muito pequeno em que o povo seja fácil de reunir e no qual cada cidadão possa conhecer a todos os outros. Em segundo lugar, uma grande simplicidade de costumes, que precavenha a multiplicidade de negócios e as discussões espinhosas. Em seguida, muita igualdade nas classes e fortunas, sem o que a igualdade não poderia subsistir muito tempo à dos direitos e à da autoridade. Finalmente, pouco ou nenhum luxo, porque o luxo é o efeito das riquezas ou as faz necessárias e corrompe ao mesmo tempo o rico e o pobre, a um pela posse, a outro pela cobiça. Vende a pátria à indolência, à vaidade, e tira ao Estado todos os seus cidadãos para fazê-los escravos uns dos outros e todos da opinião (ROSSEAU, 2002, p. 82 apud GIMENEZ, 2012, p.18).

Assim, considera-se que há uma implementação da democracia Direta através da informatização, pois é uma revolução tecnológica que pode auxiliar na participação de toda uma população através das redes de informação, segundo Gimenez:

Atualmente inúmeros são os projetos que visam instituir uma maior aplicação da democracia direta nas sociedades, estes sempre aliados ao desenvolvimento tecnológico da humanidade, uma vez que este desenvolvimento resolve de certa forma a questão referente ao número de cidadãos e a imensidão territorial (GIMENEZ, 2012, p.18).

A este tipo de modelo de Democracia tem-se atribuído o nome de “democracia experimental”, mescla a democracia direta e representativa, porém, sendo essencialmente direta. Mas, como se sabe, é difícil na atualidade consolidar a, Democracia Direta, porém é uma forma de gerar novas formas de ver a Democracia.

## 2.2 Democracia indireta ou representativa

Este modelo de democracia é uma forma predominante de democracia encontrada nos dias atuais, ela pode ser firmada em qualquer Estado Democrático existe a democracia representativa. Segundo Gimenez:

Apesar de muitos Estados, inclusive o Brasil, adotarem a democracia semidireta ou participativa, esta nada mais é em essência a democracia indireta com alguns institutos de democracia direta. Nesse tipo de democracia o povo apenas elege os seus representantes, sendo que estes ficam encarregados de decidir as questões necessárias para o desenvolvimento da sociedade (GIMENEZ, 2012, p.19).

Também há conceitos sobre a Democracia indireta ou representativa, no quadro 3 pode-se verificar alguns:

**Quadro 3:** Democracia Indireta ou Representativa- Conceitos

Na atualidade	
Silva (2011, p. 136)	[...] é aquela que na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.
Dallari (2011, p. 157)	Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade 20 popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando.
Muller (2010, p. 102)	A possibilidade de um “governo do povo” é reduzida uma vez mais pela realidade de um Estado

partidário, que transforma os deputados de fato em delegados do seu grupo político e das bancadas parlamentares, em vez de delgados do povo.

**Fonte:** GIMENEZ (2012)

Este tipo de modelo de Democracia o povo elege seus representantes, e os mesmos é quem decidem as questões necessárias para o desenvolvimento da sociedade. “[...] os cidadãos não possuem o condão de decidir sobre determinada matéria, conforme ocorre na democracia direta” (GIMENEZ, 2012, p.19).

Neste sentido, pode-se conferir ainda que, a democracia indireta é uma das essências das democracias modernas e sofre diversas críticas doutrinárias e populares. É uma democracia que deveria apresentar maiores resultados, sendo que isto se justifica principalmente pelo despreparo ou corrupção de nossos representantes, denominados de políticos (GIMENEZ, 2012). Ainda, verifica-se conforme o autor:

Assim sendo, perde-se o foco principal da democracia indireta ou representativa uma vez que os cidadãos eleitos para representar os interesses do povo representam apenas os interesses próprios, de aliados políticos e de seus partidos políticos, esquecendo assim de representar a única coisa que realmente importa: o povo.

Os resultados desta disposição demonstram que no Brasil deve-se verificar a necessidade de implantação de novas formas de exercer a democracia, e segundo Gimenez, “uma nova metodologia deve ser implantada, tendo a educação como o principal instrumento para possibilitar uma nova concepção de representantes do povo” (GIMENEZ, 2012, p.20). Conclui-se, segundo Gimenez (2012) Fica evidente assim que as mudanças devem ocorrer da base (o povo) para o ápice (os representantes do povo), uma vez que esse sistema, como dito anteriormente, é à base da democracia de todos os Estados modernos, portanto, deve ser encarada com a importância que realmente merece.

### 2.3 Democracia semidireta ou participativa

Este modelo de democracia é a forma adotada no Brasil, pode-se considerar que analisando o parágrafo único “do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, fica evidente a adoção teórica pela democracia semidireta ou participativa, uma vez que o poder emana do povo e será exercido diretamente por estes ou pelos representantes por eles eleitos” (GIMENEZ, 2012, p.21).

Embora possa ser a melhor entre alguns doutrinadores, outros acham que não é correta, porém, segundo Miranda considera-se que: “Não há democracia direta-indireta. O que se pode dar é a mistura das duas, sem se fundirem. Combinam-se, sem qualquer produção de terceira classe de democracia” Miranda (2002, p. 214-215).

Na verdade, pode-se considerar que a democracia semidireta é uma “fusão das duas formas anteriormente apresentadas de democracia. Nela tenta-se adequar os traços das duas democracias, sendo assim considerada uma espécie autônoma de democracia” (GIMENEZ, 2012, p.21).

Outro ponto a ser observado é quanto a conceituação que no quadro 4 define-se como:

**Quadro 4:** Democracia semidireta ou Participativa - Conceitos

Na atualidade	
Silva (2011, p. 136)	Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa.
Melo (2001, p. 35)	Instrumentos de participação direta na tomada de decisões, com a coexistência de decisões tomadas pelos representantes, pode funcionar como um componente do sistema de “freios e contrapesos”, altamente vantajoso para o aperfeiçoamento do sistema democrático.

Muller (2010, p. 104)	Os multiformes dispositivos formais e informais da democracia participativa são a tentativa de realizar em espaços geográficos relativamente pequenos o “quantum possibile” de democracia, em oposi�o ao modelo excessivamente reducionista de democracia do (neo)liberalismo burguês.
Lipson (1966, p. 607)	Algumas provas para esta afirma�o: o grau em que a iniciativa e o referendo são usados, um Estado federal sem critica judicial das leis federais, a incapacidade eleitoral das mulheres, o tipo colegiado do Executivo e um sistema pluripartidário combinam-se com assustadora estabilidade.

**Fonte:** GIMENEZ (2012)

Entende-se que, a democracia semidireta ou participativa, busca saber se este modelo “misto”, no plano teórico,   atualmente o mais eficaz devido às condi oes da sociedade já especificada. Deve-se, sim, tentar aperfeiçoar cada vez a democracia participativa para que seu exercício per dico possibilite o verdadeiro ideal do Estado Democrático e Social de Direito (GIMENEZ, 2012, p.21-22).

Pode-se observar também que:

Sobre a participa o política das mulheres na Su a cumpre ressaltar que atualmente estas possuem os mesmos direitos que os homens, como não poderia ser diferente, uma vez que a Su a   reconhecida como uma na o altamente democrática (GIMENEZ, 2012, p.22).

Concluindo, nas bases do estudo de Gimenez (2012), não há uma prática referente a democracia como deveria ser, mas como predomina-se a vontade dos representantes eleitos pelo povo e não pelo próprio povo diretamente, assim sendo, podemos afirmar que no Brasil a forma de democracia exteriorizada   predominantemente a democracia indireta.

### 3 O DESCRÉDITO DA DEMOCRACIA ATUALMENTE

No que tange a democracia, há uma diferença no que se respalda ao conceito propriamente dito do que acontece na realidade política. Bobbio argumenta que:

Um ordenamento deste gênero apenas é possível se aqueles que exercem poderes em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos possuidores originários do poder fundamental, os indivíduos singulares. Jamais será suficientemente advertido, contra toda tentação organicista recorrente (não estranha ao pensamento político de esquerda), que a doutrina democrática repousa sobre uma concepção individualista da sociedade (BOBBIO, 1986, p.13).

Mas o que mais implica nas considerações sobre a democracia na atualidade recorre-se ao pensamento de que o povo está a cada dia mais desacreditado do sistema político, emprenhou na sociedade, política, ações que não eram pretendidas pelo povo, e que por alguns motivos estão se tornando realidade. É a descrença na política, nos homens que desfavorecem os eleitores que tanto confiaram na sua posição de defensores dos direitos da população. Na realidade, esta visão que se percebe na atuação dos políticos vem comprometendo cada vez mais a credibilidade dos eleitores.

Retornando um pouco na história, segundo Bobbio coloca que:

(...) um interlocutor chamou minha atenção para as palavras conclusivas que Pasternak põe na boca de Gordon, o amigo do doutor Jivago: 'Aconteceu mais vezes na história. O que foi concebido como nobre e elevado tornou-se matéria bruta. Assim a Grécia virou Roma, assim o iluminismo russo tornou-se a revolução russa'. Assim, acrescento eu, o pensamento liberal e democrático de um Locke, de um Rousseau, de um Tocqueville, Bentham e de um John Stuart Mill tornou-se a ação de... (coloquem vocês o nome que preferirem; tenho certeza de que não

terão dificuldade para encontrar mais um)(BOBBIO, 2000, p.34).

Pois, nas considerações de Bobbio, verifica-se que há uma incerteza no mundo democrático, não há uma visão límpida do futuro da democracia, mas sim a certeza que muitos acertos deverão acontecer. E Bobbio ainda interfere que “[...] sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, grandes organizações, associações [...] e sempre menos os indivíduos” (BOBBIO, 2000, p.35), no sentido de que o povo não possui mais o seu poder de decisão, busca por uma democracia que não existe. Que se perdeu no mundo capitalista. Ainda assim, a sociedade busca esclarecer o que é de seu direito, de suas conquistas e de sua vontade, um corpo eleito pela população e que defina nas mais altas instâncias os seus direitos como cidadão, a sua vontade política, por confiar numa comunidade política desacreditada constantemente pela corrupção e por interesses pessoais.

Mas também, pode-se considerar que Sousa Santos (2006) expressa em seu pensamento:

Analisada globalmente, a democracia oferece-nos duas imagens muito contrastantes. Por um lado, na forma de democracia representativa, ela é hoje considerada internacionalmente o único regime político legítimo. Investem-se milhões de euros e dólares em programas de promoção da democracia, em missões de fiscalização de processos eleitorais, e, quando algum país do chamado Terceiro Mundo manifesta renitência em adotar o regime democrático, as agências financeiras internacionais têm meios de o pressionar através das condições de concessão de empréstimos. Por outro lado, começam a proliferar os sinais de que os regimes democráticos instaurados nos últimos trinta ou vinte anos traíram as expectativas dos grupos sociais excluídos, dos

trabalhadores cada vez mais ameaçados nos seus direitos e das classes médias empobrecidas (SOUSA SANTOS, 2006, p.1).

Desta maneira, verifica-se que esta é a visão da democracia atualmente, que não há uma referência própria e que as especulações sempre estão em primeiro lugar. Por outro lado, também se pode notar que ocorrem mudanças dentro do pensamento dos cidadãos, que a população começa a buscar solução para as políticas de cada país.

Nos últimos episódios constatados pelas vias de comunicação, percebe-se o quanto é difícil possui um modelo democrático frente as anseios da sociedade e percebe-se isto quando observa-se que:

[...] a democracia atual não está preparada para reconhecer a diversidade cultural, para lutar eficazmente contra o racismo, o colonialismo e o sexismo e as discriminações em que eles se traduzem. Isto é tanto mais grave quanto é certo que as sociedades nacionais são cada vez mais multiculturais e multiétnicas. Terceiro, as imposições econômicas e militares dos países dominantes são cada vez mais drásticas e menos democráticas. Assim sucede, em particular, quando vitórias eleitorais legítimas são transformadas pelo chefe da diplomacia norte-americana em ameaças à democracia, sejam elas as vitórias do Hamas, de Hugo Chávez ou de Evo Morales (SOUSA SANTOS, 2006, p.1).

No que se refere às colocações do autor, considera-se importante observar que há muito a ser realizado a respeito da democracia como base política de uma unidade federativa, pois, pensando no Brasil coloca-se que a prioridade está em uma reforma política. A corrupção tomou conta do meio político e das empresas que absorvem as negociações. É necessário um ponto final. Precisa-se conceder a população educação política, social e

emancipatória. Deixar de lado a atual visão de que o homem político é correto, que está pronto para atuar em nome do povo.

São três as principais condições: ser garantida a sobrevivência: quem não tem com que se alimentar e alimentar a sua família tem prioridades mais altas que votar; não estar ameaçado: quem vive ameaçado pela violência no espaço público, na empresa ou em casa, não é livre, qualquer que seja o regime político em que vive; estar informado: quem não dispõe da informação necessária a uma participação esclarecida, equivoca-se quer quando participa, quer quando não participa. Pode dizer-se com segurança que a promoção da democracia não ocorreu de par com a promoção das condições de participação democrática. Se esta tendência continuar, o futuro da democracia, tal como a conhecemos, é problemático (SOUSA SANTOS, 2006, p.1).

Assim, a população tem como visão a busca por uma unanimidade sobre a democracia, no Brasil, evidentemente, após uma série de denúncias, em entrevista ao Jornal Zero Hora aponta:

A esquerda sofreu uma derrota enorme no final do século 20, mas particularmente na América Latina os avanços são inegáveis. Agora chegamos a um impasse: a esquerda pode ser totalmente derrotada, se não souber se renovar, mas também pode se reinventar e avançar de novo. Isso significa deixar de ser arrogante, ouvir a sociedade, os intelectuais, e estabelecer um novo tipo de diálogo, porque a esquerda às vezes vai se fechando e tem dificuldade de escutar, se fecha nos seus aparelhos de poder, que foi o que aconteceu nos últimos anos na América Latina. E vai perdendo o rumo, achando que já sabe tudo. E a culpa é

sempre dos outros, sem ser capaz de olhar para si mesma (DOMINGUES, 2016, p.1).

Nesse sentido, percebe-se que no mundo político há muito a ser revisto, que a corrupção está em todos os prospectos da política, inúmeros casos estão surgindo no cenário político, mas evidencia-se que é necessária uma visão sobre:

A crise da socialdemocracia coincide com o movimento pós-moderno de redução da rigidez individual e institucional: com menos relação vertical e paternalismo entre o Estado e a sociedade, menos regime único, mais iniciativa, diversidade e responsabilidade na sociedade e nos indivíduos, a mais ou menos longo prazo, as novas políticas sociais deverão prosseguir a mesma obra de abertura que se pôs em movimento para o consumismo em massa (Lipovetsky, 2005, p. 41-42 apud BEDIN, et al. 2015, p.471).

Verifica-se que a corrupção é uma das alternativas dos políticos mau-intencionados e que não buscam cumprir com sua visão de estado democrático, que não buscam clarear os direitos humanos da população como um bem comum. Além disso, Gorczewski e Martins, em sua obra, 'A necessária revisão do conceito de cidadania' expõe o momento em que se encontra o povo, onde a maioria das pessoas possuem dificuldade de compreender como é classificada a democracia em cada nação, é uma busca por ideias que não estão definidas, e acabam repercutindo na falta de confiança do povo pelos governos e nos sistemas políticos.

A cidadania, então, deixa de ser concebida em termos monistas, como o centro de imputação de direitos e deveres nas relações jurídicas entre indivíduos e Estado para adquirir um estatuto mais difuso, indefinido e enodado, com contornos indefiníveis. Mas este colapso da cidadania decorre, indubitavelmente, de uma crise maior que atinge o Estado-nação como modelo jurídico-político, uma

crise que atinge em cheio o direito e a política, conseqüentemente a participação, a democracia e os direitos humanos( GORCZEVSKI; MARTINS, 2011, p.64).

Então, nota-se que, a crise da democracia representativa é, em grande parte, uma crise do funcionamento do atual sistema democrático. As maiorias das pessoas que atuam na área política, as quais entendem o que se passa no contexto político, admitem que seja necessária uma reforma política. As modificações devem ser realizadas com urgência, um caos político se anuncia. As classes sociais estão atentas ao que acontece principalmente no Brasil, tendo em vista os últimos acontecimentos. Assim, a ideia dos autores, esclarece a fragilidade política em que se encontra principalmente o Brasil.

#### CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo foi operacionalizar a teoria da democracia como descrédito da democracia contemporânea no ocidente e principalmente no ponto de vista das pessoas que fazem parte da política, como atuar frente aos modelos de democracia, como escolher sua participação política, além de que conhecer o conceito de democracia, o surgimento, a fundamentação e sua evolução, identificar os modelos de democracia, suas características como surgiu e as vantagens e a identificação das principais características aos modelos democráticos que levaram ao descrédito e a falta de participação popular, onde pode-se verificar que há muito a ser construído sobre as políticas públicas voltadas a democracia.

Há também de se entender que a corrupção tomou conta do mundo político, que poucos não participam das negociações entre as empresas que buscam um lugar de destaque no cenário político e econômico.

O tema que abrangeu esta pesquisa clareou muito das dúvidas sobre a democracia, espera-se que ainda possa colaborar para a abordagem do tema em mais temas sobre a democracia e o mundo contemporâneo.

#### REFERÊNCIAS

**AMADO, Marco Aurélio Nascimento.** Crise da democracia representativa: participação popular e o resgate da confiança. **2015.** **Disponível**

**em:<<http://www.gnmp.com.br/publicacao/261/crise-da-democracia-representativa-participacao-popular-e-o-resgate-da-confianca>>. Acesso em: 17 de Jul. 2016.**

ARISTOTELES. **Política.** Lisboa, Vega, 1998.

**BEDIN, Gilmar Antonio; CITTADINO, Gisele Guimarães; ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. (Coor.).** Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito [Recurso eletrônico on-line] **organização CONPEDI/UFGM/FUMEC/ Dom Helder Câmara; Florianópolis: CONPEDI, 2015.** **Disponível em:<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/w8299187/0IP1qnd7BPRdIAT7.pdf>>. Acesso em: 19 de Jul. 2016.**

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade, Para uma Teoria Geral da Política.** São Paulo, Editora Paz e Terra, 2007.

Bobbio, Norberto. **O Futuro da Democracia.** 7ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito:** estudos e documentos de trabalho, v. 1, p. 5-23, 2011.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. - Brasília : Editora Universidade de Brasília. 2001. 230 p.

DOMINGUES, José Maurício. “A esquerda ficou refém do seu próprio pensamento”. **Jornal Zero Hora**, 17-01-2016. Disponível em:<<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/551000-a-esquerda-ficou-refem-do-seu-proprio-pensamento>>. Acesso em: 17 de Jul. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.

GIMENEZ, Miguel Coca. **A democracia participativa brasileira e seus institutos de participação direta: realidade ou formalidade?**. [Monografia]. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” Faculdade de Direito de Presidente Prudente. 2012. Disponível em:<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3092/2854>>. Acesso em: 17 de Jul. 2016.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania** [recurso eletrônico] : movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática / Clovis Gorczewski e Nuria Belloso Martin. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2011. Disponível em:<[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_editora\\_livro/e\\_book.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/e_book.pdf)>. Acesso em: 19 de Jul. 2016.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MEDEIROS, Alexsandro MM.. **História da Democracia**. 2013. Disponível em:<<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/products/historia-da-democracia/>>.. Acesso em: 12 de Jul. 2016.

MORAIS, Ana Paula Bagaiolo. **A Democracia e sua pluralidade de conceitos**. 2016. Disponível em:<<http://www.direitonaintegra.com.br/a-democracia-e-sua-pluralidade-de-conceitos/>>. Acesso em: 14 de Jul. 2016.

SARTORI, Giovanni. **Qué Es la Democracia**. San Juan Tlihuaca, Tribunal Federal Electoral y Editorial Patria, 1993.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **O futuro da democracia**. 2006. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Coluna/O-futuro-da-democracia/19415>>. Acesso em: 18 de Jul. 2016.

## **DANO MORAL DIFUSO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**MAURA DIAS FERREIRA DE PINHO:** Analista do Ministério Público de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Graduação em Tecnólogo em Recursos Humanos pela UNIFRAN. Especialista em Direito Processual do Trabalho, em Direito Processual Civil, em Direito Ambiental e em Direito Administrativo.

**RESUMO:** Objetivou-se estudar o dano moral difuso como meio de reprimir atos de improbidade administrativa. Conceituou-se o dano moral difuso e os atos de improbidade administrativa. Mereceu destaque a conceituação de danos extrapatrimoniais. A indeterminabilidade dos prejudicados pelo dano extrapatrimonial não é impeditivo para a afirmação da existência e necessidade de reparação da moral coletiva.

**Palavras-chave:** Improbidade Administrativa. Má Gestão Pública. Dano Moral Difuso. Danos Extrapatrimoniais. Honra Objetiva.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 TEORIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 2.1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO MÁ GESTÃO PÚBLICA. 3 DANO MORAL DIFUSO. 4 A INCIDÊNCIA DO DANO MORAL DIFUSO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

### **1 INTRODUÇÃO**

O Direito brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, no artigo 37, estabeleceu princípios e normas no tocante à moralidade e à improbidade administrativa, destacou a necessidade de impor sanções àqueles que agissem em desconformidade com os valores morais, e traçou os contornos da improbidade administrativa.

Há de destacar o parágrafo 4º do artigo 37, o qual impõe à administração pública e aos administrados um comportamento reto e digno, determinando o afastamento da corrupção. Para isto, tal dispositivo constitucional invoca como sanção aos atos da improbidade administrativa a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Tal previsão constitucional é consequência dos numerosos e variados casos de desvios de poder e da ineficácia do combate à improbidade.

Consequentemente, com base nos parâmetros constitucionais e na insatisfação social, foi editada a Lei Federal nº 8.429/1992, a qual busca, com maior especificidade, regular as situações caracterizadoras de improbidade, bem como os seus autores, as sanções, o trâmite processual apto à responsabilização do improprio. A lei de improbidade administrativa, como é assim denominada, surgiu no intuito de resgatar os valores morais tão caros à sociedade.

Conforme já exposto, a lei de improbidade administrativa tem origem na Constituição Federal de 1988, configurando-se, portanto, como instrumento de realização do princípio da moralidade administrativa.

Com efeito, pode-se dizer que o princípio da probidade administrativa origina-se do princípio da moralidade administrativa e é formado pelos mesmos valores incidentes neste. A ele incumbe efetivar a moralidade, além de cumprir uma atuação de garantia de eficácia dos princípios da administração pública.

A conduta administrativa, vinculada ou discricionária, passa a ser delimitada pela moralidade, a qual pressupõe a honestidade, a boa fé e a lealdade, além de objetivar uma boa administração. Assim, uma administração pública honesta e proba passa a ser direito público subjetivo garantido aos cidadãos.

Ocorre, entretanto, que nem sempre a administração pública é implementada por meio de valores morais, honestos e de boa fé. Pelo contrário, tem sido frequente no seio da sociedade brasileira atos ímprobos capazes de afetar fortemente a moral do Estado Democrático

Brasileiro. Daí surge a grande questão: existe dano moral difuso ao patrimônio público?

A celeuma que envolve a questão levantada acima é a possibilidade de permitir a incidência do dano moral à transindividualidade, em virtude da indeterminabilidade dos titulares do direito, e o padrão de indivisibilidade da ofensa e da lesão.

Assim, o presente estudo tem por escopo pesquisar a possibilidade de caracterizar dano moral difuso nos atos de improbidade administrativa.

Sabe-se que o Brasil tem a sua história focada em escândalos de corrupção, em que as pessoas usam do poder público para se enriquecer.

É necessário o compromisso ético e moral do gestor público para o crescimento do Brasil. A devida constatação de um dano ao patrimônio público, com a possibilidade de caracterização da correspondente indenização, é imprescindível para a garantia da moralidade, pois auxilia no combate à corrupção.

Logo, o objetivo específico do presente artigo é estudar, sob uma perspectiva crítica, a possibilidade de caracterização do dano moral difuso nos atos de improbidade administrativa. E, mais especificamente, de conceituar os diversos atos de improbidade administrativa, de analisar a evolução do combate à corrupção dentro da administração pública no decorrer dos anos, e de estudar a evolução do dano moral.

## **2 TEORIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **2. 1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO MÁ GESTÃO**

#### **PÚBLICA**

A constante preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção, perpetrou a inserção na

Constituição Federal do princípio da moralidade administrativa, o qual impõe ao funcionário público o dever de servir a Administração com honestidade, procedendo ao exercício de suas funções sem aproveitar pessoalmente os poderes ou facilidades delas decorrentes, ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever caracteriza a improbidade administrativa. A improbidade administrativa, nessa concepção, é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Neste caso, o bom administrador é aquele vinculado às pautas da boa administração, as quais extrapolam o determinável por meio da legislação. Ou seja, para ser um bom administrador não basta cumprir a lei, deve adotar condutas eticamente exigíveis pelo bom senso e pelos bons costumes.

Essa relação entre a legalidade e a moralidade é assim exposta por Emerson Garcia:

Sob outra ótica, constata-se que os atos dissonantes do princípio da legalidade, regra geral, sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como o regramento extraído da disciplina interna da administração; a recíproca, no entanto, não é verdadeira. Justifica-se, já que um ato poderá encontrar-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância com a moralidade administrativa, vale dizer, com os ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa fé, que devem reger a atividade estatal.<sup>[1]</sup>

A boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo.

A improbidade é uma categoria analítica da má gestão pública. Mas, é importante destacar que “improbidade” e “má gestão pública” são conceitos próximos, mas distintos, na medida em que nem toda má gestão pública será expressão da improbidade, ainda que o inverso seja verdadeiro.

A corrupção não é a única forma de má gestão pública, pois existem outras figuras jurídicas dignas de relevância e funcionalmente muito eficazes, como a desonestidade funcional dos homens públicos. Com maestria assim expõe Fábio Medina Osório:

A má gestão pública, portanto, é uma categoria que abrange numerosos subtipos de *enfermidades*, em graus muito distintos, o que requer estudos especializados e remédios especializados. Note-se que as enfermidades se conectam reciprocamente.

(...)

Uma das facetas da má gestão pública é, sem lugar a dúvidas, a desonestidade funcional dos homens públicos. Essa é uma das piores facetas da má gestão pública, pode dizer-se. Ao menos, trata-se, seguramente, da faceta mais notória, antiga e evidente da má gestão pública, conectada à degradação moral de agentes do Estado.[\[2\]](#)

De um fenômeno restrito a países não desenvolvidos e de difícil medição, a corrupção passou a ser percebida como um fenômeno que atinge toda a sociedade, com efeitos negativos sobre a alocação de recursos e a eficiência econômica. Diversas instituições e organismos internacionais, além de organizações não

governamentais, passaram a se mostrar preocupados com as implicações da corrupção sobre a economia mundial.

Como expressa Fábio Medina Osório (2010, p. 54), “é na formação do Estado Moderno que o fenômeno adquire dimensões mais dramáticas, a partir da idéia de separação das esferas públicas e privadas e bem assim das limitações jurídicas no exercício dos poderes públicos”.

A corrupção pública tem um caráter universal e global. Não se conhecem regimes de governo ou Estados imunes a esta enfermidade. Assim denota Fábio Medina Osório:

A ideia de vício ou podridão inerente à corrupção, em um plano histórico-sociológico, pode apresentar numerosas raízes e variações. Temos alguns elementos básicos, como o são os desvios no manejo de atribuições públicas, os vícios ou abusos contra os interesses legítimos da sociedade, os favorecimentos movidos pela busca do enriquecimento ilícito, entre outros. Entretanto, a amplitude das definições é notável. Qualquer dos conceitos, em todo caso, remetem-nos ao tema dos valores e fontes normativas, além do critério adotado. Não é possível valorar, desde pontos de vista objetivos, essas definições, vistos que as normas culturais que as presidem atuam fortemente e as perspectivas analíticas tendem a variar.<sup>[3]</sup>

A corrupção é a ação ou omissão do agente público que o leva a desviar-se dos deveres formais e materiais de seu cargo, com o objetivo de conseguir benefícios privados, que podem ser pecuniários, políticos, ou de posição social, assim como qualquer utilização em benefício pessoal ou político de informação privilegiada, influências, atribuições públicas ou oportunidades.

É importante destacar, entretanto, que a corrupção pública não inclui a repressão a todos os atos de desonestidade dos

servidores públicos ou dos cidadãos, nem sequer todos os atos de grave desonestidade funcional. Os comportamentos devem ser devidamente valorados e ponderados, com o fim de verificar as diversas formas e conteúdos que as desonestidades podem assumir.

A ineficiência funcional também tipifica a má gestão pública. Como bem relata Fábio Medina (2010, p.61), “a eficiência (...) traduz a virtude e a faculdade para obter um efeito determinado. Eficaz é a conduta que consegue fazer efetivo um intento determinado, mas o problema está em definir os caminhos prudentes que o sujeito deve seguir”. Um agente público que, desrespeitando padrões ético-normativos, consegue obter resultados econômicos favoráveis não será um sujeito eficiente na perspectiva da ética institucional aqui defendida.

Da mesma forma que são exigidos resultados dos agentes públicos, devem ser cobrados destes parâmetros éticos no agir administrativo.

Como bem denota Emerson Garcia:

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem

comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.<sup>[4]</sup>

É importante destacar, no entanto, a necessidade de considerar o erro juridicamente tolerável, o qual se enquadra na margem humana da falibilidade funcional. Sobre a falibilidade funcional disserta Fábio Medina Osório:

Isso porque ao sujeito é de ser outorgado um certo espaço tolerável de ineficiência, se considerarmos esse termo vinculado à idéia de metas e resultados. A frustração desses objetivos, embora possa constituir suporte de uma determinada ineficiência, certamente ficará fora de uma órbita punitiva ou correicional. Fora disso, temos que analisar o grau da falha apontada e bem assim a sua repercussão nos valores jurídico-administrativos, inclusive para aquilatar o tipo e o tamanho da resposta a ser dada.<sup>[5]</sup>

A busca pela atuação proba do agente público visa, além de evitar desvios e enriquecimento ilícito, assegurar a utilização dos escassos recursos da sociedade de modo eficiente e equânime, com o fim de proibir o desperdício e a utilização supérflua ou equivocada do gasto público, que compromete o atendimento das necessidades básicas da sociedade. A eficiência traz à tona a preocupação com a qualidade do gasto público.

Ao agente público é exigida uma conduta eficiente, com adequado planejamento, transparência e nos termos das regras de conduta e princípios inerentes à disciplina interna da Administração Pública.

Segundo Fazzio Júnior (2014, p. 98), “o dever de bem administrar, que sintetiza a eficiência, decorre do princípio republicano, segundo o qual quem administra gere o que pertence à sociedade. Assim, nos parece evidente que, mesmo numa

eventual ausência de previsão expressa da eficiência entre os princípios que regem a Administração Pública, incabível supor que haveria uma autorização para que os agentes encarregados de gerir a *res publica* pudessem agir de maneira temerária, ineficiente e sem planejamento, em detrimento do conjunto da sociedade”.

Portanto, pode-se concluir que o ordenamento jurídico repudia, além da desonestidade e da má-fé, as práticas temerárias no trato da coisa pública, que importem, entre outras: dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais; indefinição do objeto licitado a possibilitar direcionamento do certame e reiterados aditivos contratuais; falta de planejamento no gasto público, resultando em desperdício de recursos e obras inacabadas; falhas na fase de liquidação da despesa, sem a adequada comprovação de efetiva entrega das mercadorias ou prestação dos serviços; ausência de prestação de contas ou sua apresentação incompleta ou deficiente, sem a comprovação cabal da devida aplicação dos recursos públicos; violação de normas de transparência e de responsabilidade na gestão fiscal.

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa não objetivam punir apenas o administrador desonesto, mas também o inábil, o despreparado, o incompetente e o desastrado, constituindo a gestão pública temerária hipótese de improbidade administrativa.

### **3 DANO MORAL DIFUSO**

Como relata Louis Josserand (1941), “teoria da responsabilidade civil, de início, era voltada exclusivamente para a composição de danos no âmbito individual e privado”. No entanto, em função precípua de possibilitar o equilíbrio social e com a expansão dos direitos fundamentais para o âmbito da coletividade, esse instituto se ampliou e passou a abarcar situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial e titularizados por uma determinada coletividade.

Nestes termos tem-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

As relações jurídicas caminham para uma massificação, e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais. A reparação civil segue em seu processo evolutivo, iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula 227/STJ).<sup>[6]</sup>

A constante revelação da existência dos direitos da personalidade pauta a necessidade do integral respeito à pessoa humana. E isso vem ocorrer em toda a extensão dos seus legítimos valores, das suas variadas maneiras de ser em sociedade (isoladamente ou como integrante de uma coletividade) e também nas diversas formas em que se possam configurar aqueles direitos, enquadrados na moldura de interesses individuais, coletivos, difusos, individuais homogêneos, patrimoniais ou morais.

Os direitos da personalidade, na visão de direitos idealizados para garantir a tutela da pessoa, são caracterizados pelas contínuas mutações das relações sociais. Logo, a sua conceituação está apta a receber novas instâncias sociais.

Na ótica de Bittar Filho (1996), “os valores são os fios mais importantes na composição do tecido da coletividade. Resultam eles da amplificação dos valores dos indivíduos componentes da coletividade”. Assim, como cada indivíduo tem a sua carga de valores, a comunidade, conseqüentemente, por ser um conjunto de indivíduos, tem uma dimensão ética. Deve-se esclarecer, contudo, que a citada amplificação

desconexa os valores coletivos das pessoas integrantes da comunidade, individualmente consideradas. Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independentemente de suas partes. A confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo.

Assim sendo, a ofensa aos valores coletivos, certamente, reflete sobre os indivíduos integrantes da comunidade ou coletividade lesada. Mas tal repercussão não descaracteriza o dano coletivo, ao contrário, o pressupõe, na medida em que os interesses coletivos apresentam-se como síntese dos interesses individuais, purificados do seu conteúdo egoístico.

Como expõe José Carlos Teixeira ,

o grande passo para a aceitação do dano moral a uma coletividade, isto é, do dano moral coletivo, foi a aceitação do dano moral a pessoas jurídicas, pois esse dano deixa de ser um equivalente da dor psíquica (exclusivamente de pessoas físicas).[\[7\]](#)

Em consonância, surge a concepção da moral dos grupos humanos (que traduzem uma entidade qualitativa intermediária entre a pessoa física e a jurídica), nos quais o direito de danos toma contato com uma nova dimensão social dos sentimentos e afeições dos homens, em um mundo de convivência, de necessidades e expectativas compartilhadas em comunidade.

Ocorre, assim, uma ampliação do dano extrapatrimonial para um conceito não restrito ao mero sofrimento ou à dor pessoal, mas ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, que refletem o alcance da dignidade dos seus membros.

Na concepção de Fernando da Fonseca Gajardoni

É evidente que uma coletividade- em vista da ofensa praticada contra seus bens e direitos (meio ambiente, patrimônio público,

moralidade administrativa, etc.)- pode ser culturalmente ofendida (costumes e tradições) ou sofrer abalo na sua honra, crença, dignidade, reputação.

Exigir que a coletividade sinta dor, repulsa, indignação, tal que fosse um indivíduo isolado, é desconhecer a própria natureza dos direitos metaindividuais e dos direitos advindos da fraternidade humana.

Há condutas humanas que, uma vez praticadas, são plenamente capazes de causar sentimento de desprestígio, de desrespeito, de engodo, não apenas em um indivíduo, mas em todo o grupo social, em toda a coletividade (determinada ou não).<sup>[8]</sup>

A tutela do dano moral coletivo passou a ter, explícita e indiscutivelmente, fundamento de validade constitucional com a Constituição Federal de 1988, quando se adotou o princípio basilar da reparação integral (artigo 5º, V e X), reafirmando a primazia da tutela jurídica em toda a extensão e alcance da personalidade, e amparou, juridicamente, a esfera dos interesses transindividuais, valorizando-se, pois, destacadamente, os direitos de tal natureza (a exemplo dos artigos 6º, 7º, 194, 196, 205, 215, 220, 225 e 227) e os instrumentos para a sua proteção.

Sob a ótica de Manoel Jorge e Silva Neto,

a tutela dos direitos transindividuais se dá por meio da ação civil pública e da ação popular. O artigo 129, inciso III, conferiu ao Ministério Público legitimação qualificada para proteger qualquer interesse difuso e coletivo por meio da ação civil pública. Em 1994, com a Lei antitruste, o caput do artigo 1º da Lei de ação civil pública passou a explicitar a proteção a danos morais e patrimoniais. Além do mais, essa lei

acrescentou o inciso IV ao mencionado artigo 1º, no qual expandiu a tutela do dano moral e patrimonial aos interesses difuso e coletivo. Ademais, adicionou a esse artigo o parágrafo único, no qual consagra a coletividade como titular dos bens jurídicos definidos por esta lei.[\[9\]](#)

#### **4 INCIDÊNCIA DO DANO MORAL DIFUSO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

No campo dos interesses difusos, a indenizabilidade do dano moral se vê expressamente admitida pelo artigo 1º da lei de Ação Civil Pública, nestes termos: “Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados”.

As pessoas jurídicas de direito público, enquanto unidades existenciais autônomas dotadas de capacidade jurídica, possui esfera jurídica própria e é detentora de direitos. Logo, não se pode negar que o Estado possui direitos em relação ao indivíduo.

A personalidade jurídica de um ente político indica a sua existência jurídica, com capacidade de ter direitos e deveres. Assim, como denota Emerson Garcia, “ em torno dessa unidade existencial aglutinam-se inúmeros “direitos” afetos à sua própria essência, como são por exemplo, os de (1) ter denominação ou símbolo próprio, (2) expressar, por meio dos seus agentes, o entendimento a respeito de temáticas específicas; e (3) de ter uma imagem, daí decorrendo a proteção de sua reputação.”

A ocorrência de um ato de improbidade administrativa pode vir a lesionar o conceito dessas pessoas jurídicas de direito público, perpetrando, portanto, dano extrapatrimonial passível de indenização.

O direito à imagem, à reputação, como direitos intrínsecos à personalidade jurídica, integram a esfera jurídica do sujeito passivo do ato de improbidade.

A lei de improbidade administrativa não se dedica apenas à proteção do erário, ela alcança, também, o patrimônio público em sua concepção mais ampla, incluindo o patrimônio moral.

De acordo com o autor Emerson Garcia<sup>[10]</sup>, a improbidade administrativa ensejará dano moral coletivo sob dois enfoques, o da honra objetiva e o da honra subjetiva. Sob a ótica da honra objetiva, as condutas recebem “o timbre da improbidade, abalam a credibilidade ostentada pela pessoa jurídica de direito público junto a possíveis investidores, acarretando-lhe prejuízos patrimoniais”. As condutas “causando, ou não, dano ao erário (arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade), contribuem fundamente para o descrédito das instituições públicas, do Estado junto à sociedade, esmaecendo o vínculo de confiança que deve existir entre ela e os exercentes do poder político, degenerando-o de modo a colocar em xeque a própria segurança de relações sociais e disseminando entre os indivíduos, sobretudo entre os menos favorecidos economicamente, o nefando sentimento de impunidade e de injustiça social”. Já sob o aspecto da honra subjetiva, “a análise do dano moral, de sua ocorrência, deve ser deslocada para o plano da coletividade, isto em razão da óbvia impossibilidade de a pessoa jurídica de direito público suportar “dores físicas ou morais”. O foco, aqui, será voltado à detecção de estados de comoção deflagrados no meio do social pelo atuar improbo (dano moral coletivo), devendo-se, para tanto, identificar a natureza do bem lesado e a dimensão do prejuízo suportado pela coletividade”.

Assim, o agente político, ao perpetrar atos de improbidade administrativa, pode ferir tanto a honra objetiva quanto a subjetiva do Estado e da sociedade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na sociedade contemporânea, com o desenvolvimento tecnológico e a produção em massa, tornou-se necessário a proteção da coletividade, a fim de se garantir o desenvolvimento da pessoa humana, pois a tutela do homem está intrinsecamente relacionada à tutela da coletividade. O homem passou a ser dependente da sociedade.

A responsabilidade civil, adaptando-se à nova situação fática, passa, conseqüentemente, a tutelar os interesses imateriais pertencentes a uma massa coletiva. Surge, assim, a possibilidade da ocorrência do dano moral coletivo. Dano esse que consiste na ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade e que refletem o alcance da dignidade dos seus membros. Um dano a direitos transindividuais.

A prática constante de condutas desleais, ineficientes, caracterizadoras de improbidade administrativa implica perfeitamente na lesão a direitos coletivos. As condutas ímprobas ferem a honra subjetiva e objetiva do ente público e da sociedade, pois abalam a credibilidade da pessoa de direito público e gera comoção social, caracterizando, portanto, o dano moral coletivo.

É nesse ponto que o ordenamento jurídico deve dispor de um sistema de responsabilização civil compatível com as peculiaridades dos atos perpetrados em face da administração pública, intimamente ligadas à má gestão pública. Deve-se por meio da indenização, buscar a tutela dos interesses coletivos extrapatrimoniais, os quais são violados pelas condutas ímprobas.

O reconhecimento da tese do dano moral difuso nos atos de improbidade administrativa tem fundamental importância na sociedade caracterizada por contínuas condutas de corrupção e má gestão pública.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Vade mecum- método- legislação 2016*. 4 ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo Coletivo*/coordenador, Hermes Zaneti Jr.. Salvador: Juspodium, 2016.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, Junho, 1941. p. 52.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção:ineficiência*- 2.ed.rev.,atual.e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *A responsabilidade civil por dano moral difuso e coletivo na Justiça do Trabalho*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n.103, , jul/dez.2001 pp. 109-125.

STJ, Resp. 1269.494-MT, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 24.09.2013.

TEIXEIRA, João Carlos. *Dano moral coletivo na relação de emprego*. In: Temas polêmicos de Direito e Processo do Trabalho. NORRIS, Roberto (coord.). São Paulo: LTr, 2000.

#### NOTAS:

[1] GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pp. 943/944.p. 137.

[2] OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção:ineficiência*- 2.ed.rev.,atual.e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 52.

[3] Idem, p. 56.

[4] GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pp. 943/944, p. 139.

[5] OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção:ineficiência*-2.ed.rev.,atual.e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 62.

[6] STJ, Resp. 1269.494-MT, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 24.09.2013.

[7] TEIXEIRA, João Carlos. *Dano moral coletivo na relação de emprego*. In: Temas polêmicos de Direito e Processo do Trabalho.NORRIS, Roberto (coord.). São Paulo: LTr, 2000. pp.118-145

[8] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo Coletivo/coordenador*, Hermes Zaneti Jr.. Salvador: Juspodium, 2016, p. 154.

[9] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *A responsabilidade civil por dano moral difuso e coletivo na Justiça do Trabalho*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n.103, , jul/dez.2001 pp. 109-125

[10] GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco.*Improbidade Administrativa*. 7ª ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Pp. 943/944.

## A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DO CIDADÃO ADVINDAS DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E SINDICAIS

**ANDREZA EMANUELE AMADO SANTOS:** Acadêmica do curso de Direito pelo Centro Universitário AGES (UniAGES) da cidade de Paripiranga, Bahia. Estagiária de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

**RESUMO:** Os fundamentos a serem expostos trarão reflexões sobre a importância da atuação dos movimentos sociais e sindicais, no âmbito trabalhista e social, com o fito de promover a efetivação dos direitos do cidadão ora previstos na Carta Magna. Abrangendo ainda, a recepção da legislação específica acerca dos direitos e deveres dos trabalhadores, como forma de garantir o que é assegurado a toda classe trabalhadora, sem haver desrespeito à norma e aos princípios trabalhistas e constitucionais pertencentes por direito, sendo esses humanos e sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Direitos. Estado. Movimentos sociais. Trabalho.

**ABSTRACT:** The fundamentals to be exhibited will bring reflections on the importance of the role of social and trade union movements, the labor and social, with the aim of promoting the realization of citizens' rights now provided for in the Constitution. Covering also the receipt of specific legislation on the rights and duties of workers as a way to ensure that is ensured to all working class, with no disrespect to the rule, labor and constitutional principles pertaining by law, and these human and social.

**KEYWORDS:** Democracy. Rights. State. Social movements. Job.

---

### INTRODUÇÃO

O presente artigo insere-se na abordagem de relatos acerca da atuação das organizações nos movimentos sociais e sindicais, com o objetivo de promover a efetivação dos direitos sociais e humanos do cidadão nos âmbitos sociais e trabalhistas. Nessa esfera, fazer-se-á relatos *a priori* acerca das garantias fundamentais do cidadão através dos direitos

fundamentais previstos pela Constituição Federal, levando em consideração as lides que se fazem constantes na sociedade.

A sociedade sobrevive sob as normas de um Estado Democrático de Direito, por esse motivo é necessário a obediência dos cidadãos às normas impostas para cumprimento e consequente organização social. Nesse cerne, é imprescindível ressaltar a vigência de uma legislação específica para os trabalhadores, sendo esta a CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas, a qual foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, o Estado Democrático de Direito estabelece o vínculo social com os cidadãos, atribuindo a estes uma forma de garantia de direito vigente. Numa visão garantista, a sociedade utiliza-se de movimentos sociais, como por exemplo, os sindicais para a efetivação dos direitos do cidadão, ora previstos na Constituição.

Nesse caminhar, serão abordados aspectos trabalhistas, salientando a principologia deste âmbito bem como, a relação social existente. Considerando ainda, as realidades presentes na sociedade quais sejam, as diferenças entre as classes sociais, o preconceito expresso, a evolução do capitalismo, enfim, fatores que englobam todos os acontecimentos sociais.

## **1 DESIGUALDADE SOCIAL EM COTROVÉRSIA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

São notórias as diferenças sociais existentes no Estado Democrático de Direito, seja no âmbito social, seja no âmbito trabalhista. Ainda que a Constituição Federal de 1988 venha assegurar a igualdade entre todos, esta realidade é utópica. Na esfera trabalhista pode ser notado os baixos salários pagos aos empregados, a escravização de uma atividade trabalhista.

Vista à luta pelos direitos das pessoas, bem como a proteção à dignidade da pessoa humana, estas possuem como marco inicial um princípio fundamental previsto na Constituição Federal, de acordo com o art. 1º, III.

Um conceito de cidadania pode ser encontrado no art. 5º da Constituição Federal que afirma: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.” Logo, é visto que numa sociedade

democrática de direito, os indivíduos nela existentes obedecem a uma mesma legislação, atribuindo assim igualdade a todos os cidadãos.

O valor da dignidade da pessoa humana parte do princípio do ordenamento jurídico, como um elemento unificado das normas e categorias jurídicas, influenciadas pelo direito da personalidade. O conceito de personalidade esteve ligado a um papel que o homem pudesse exercer, ocupando uma relação jurídica. O direito fundamental, assim como a dignidade da pessoa humana é possível extrair o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, este deve ser punido, pois será atentatório.

Os direitos da personalidade passaram a ser características essenciais bem como, foram vigorados após a promulgação da Constituição. Pelos argumentos de Borges (2007, p. 21),

Os direitos da personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata da personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano. Com os direitos da personalidade protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito a integridade física e psíquica, o direito a integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, [...]. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma.

Para haver cidadania o indivíduo deve resistir à injustiça, sendo assim uma questão moral. Ao sentir-se injustiçado, o homem não deve oprimir-se perante a sociedade, deve lutar por seus direitos para que assim faça jus a sua luta. Embora a justiça seja um sentimento individual, o que é justo para um, pode não ser justo para outro. Quando o homem luta por seus direitos ele participa na construção da cidadania, todo cidadão é digno de direitos fundamentais. Gorki (1907, p. 307)

Somos de opinião que a sociedade, considerando o homem unicamente como um meio de auferir riquezas, é antihumana e torna-se-nos declaradamente hostil; não podemos aceitar a sua moral com duas caras, o seu cinismo sem vergonha e a crueldade com que trata as individualidades que lhe são adversas.

Hodiernamente, os trabalhadores realizam manifestações trabalhistas em busca de melhores condições de trabalho, como também, a luta pelas melhorias da sociedade em geral, consideradas precárias na época. Tantas insatisfações podem ser vistas na sociedade quando depara-se com corriqueiras manifestações, pois os fatores vivenciados, de humilhações, isolamentos, ocasionam nos indivíduos o desejo de bem-estar.

## **2 A SOCIEDADE MOBILIZADORA: movimentos sociais**

É possível fazer uma análise acerca do conhecimento histórico no Brasil, demonstrando a evolução da democracia de forma gradativa. Podemos perceber que há muito tempo a vida em sociedade era muito restrita, uma espécie de seleção de classe. As mulheres e os hipossuficientes eram excluídos dos movimentos sociais. O Brasil passou a desenvolver através da linguagem, da culinária, da religião, enfim, meios que proporcionam relações pessoais. Podendo assim, obter a contribuição do conhecimento de cada um.

Inadmissível o comportamento social, quando se trata de restringir os direitos a determinadas pessoas. Ao longo do tempo, a humanidade passou a ser menos hipócrita, ainda que existam vestígios dessa hipocrisia, mas é possível hoje, a mulher ter direito ao trabalho, mulheres, soldados, hipossuficientes e religiosos terem direito ao voto através do sufrágio. Foi através de movimentos sindicais que os cidadãos passam a efetivar o direito vigente. Senão vejamos os fundamentos de Carvalho, (2014, p. 59),

[...] Os sindicatos funcionavam sob estrita vigência, podendo o governo intervir caso suspeitasse de alguma irregularidade. [...] o governo reservava certas vantagens para os operários que pertencessem aos sindicatos reconhecidos pelo Ministério do Trabalho.

É mister ressaltar que o cenário sociopolítico não mudou, corriqueiramente é possível vislumbrar a atuação de políticos corruptos corrompendo os valores da sociedade e pessoas não instruídas a mercê de seus direitos. Para tanto, é necessário investir em programas construtivos e, principalmente na educação, sendo este o meio primordial de mudança,

construindo nas pessoas o senso crítico das condições vivenciadas pela humanidade, para que assim venham a atingir a tão sonhada cidadania.

Diante das problematizações vividas e sociedade, a população vê-se de forma indignada, questionando-se onde está a vigência dos direitos constitucionais, onde está aplicação das normas do ordenamento jurídico diante de tantas controvérsias visíveis claramente. Todas essas indignações motivam o sentimento de revolta, ensejando a união dos indivíduos para lutarem por aquilo que lhe é de interesse.

Os indivíduos unem-se com a finalidade de organizarem-se para realizarem movimentações que demonstrem toda a indignação popular, concentrando opiniões, objetivos e ações para efetivarem o planejamento de uma possível mudança por meio de mobilizações, da tecnologia e das redes sociais, como fundamenta Castells, (2013, p. 66),

[...] a tecnologia não determina os movimentos sociais nem no que nos interessa, qualquer espécie de comportamento social, qualquer espécie de comportamento social. Porém, as redes da internet e de telefonia celular não são apenas fundamentais, mas formas organizacionais, expressões culturais e plataformas específicas para autonomia política

A mídia é o meio o qual torna a comunicação eficiente, expondo cada detalhe é possível tornar o projeto de mobilização extensivo, ampliando cada vez mais reconhecimento. Compartilhando opiniões, situações já vividas, dores, revoltas e o mesmo sentimento de justiça. Diante da sociedade moderna, com o surgimento árabe, o ciberespaço, passou a ser o meio em que as pessoas num mesmo tempo.

É possível fazer uma análise paralela da Constituição com os fatos da realidade. Uma vez que, a norma submete-se aos fatores reais da sociedade com a finalidade de tornar eficaz os acontecimentos comuns vistos na sociedade, seja no aspecto do ser ou do dever. Ao honrar a Constituição, o indivíduo pode ao mesmo tempo estar restringindo a liberdade, limitando as vontades humanas para poder garantir a proteção constitucional em favor do princípio da primazia da Constituição, vejamos os fundamentos de Hesse (1991, p. 21),

[...] Direitos não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de

contratação de poder, o federalismo não pode substituir sem uma certa dose de unitarismo.

Quando se diz que a Constituição possui força normativa, a mesma não demonstra ter essa função eficaz, visto que encontramos na realidade social uma série de fatores negativos que se contrapõe à norma prevista no ordenamento jurídico, por exemplo, o simples direitos constitucionais ora previstos, o direito a vida, a saúde, a igualdade social. Enfim, a realidade é totalmente controversa. Logo, a Constituição não está atingindo a sua finalidade nem tão pouco obtendo a sua força normativa.

Sendo a população o alvo dessa reforma, visto que todo reflexo é voltado para a sociedade, é possível perceber que os movimentos sociais são métodos frequentes que a população utiliza na tentativa de tornar eficaz o texto constitucional, com o objetivo ainda de prevalecer os direitos humanos, atendendo ao público hipossuficiente como forma de garantir a eficácia dos princípios constitucionais bem como, proporcionar a redução do índice de desigualdade social.

Um fator frequente é a questão fundiária, em que a realização de movimentos sociais são constantes, em virtude da luta pela ocupação de terras que não possuem função social. É fundamental que esses cidadãos tenham o devido acompanhamento do poder judiciário, devendo assim, serem amparados por defensores, para que estes venham a postular juridicamente os direitos pretendidos, podendo compreender a seguinte da forma, consoante Carlet (2010, p. 104),

[...] se por um lado foi garantido um rol de direitos, fruto das reivindicações sociais, por outro lado, grupos econômicos representando grandes proprietários rurais também não deixaram de tencionar e garantir privilégios e interesses políticos a suas classes no âmbito do texto constitucional.

Os movimentos sociais objetivam construir uma meta até atingir as premissas da Constituição, por meio de movimentos sociais que concretizem as garantias constitucionais, as quais são defendidas pelos operadores do direito que atua na advocacia popular.

### **3 A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO CIDADÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê que o cidadão possui garantia de direitos fundamentais. O entendimento naquilo que se refere a direitos, a amplitude de direitos trabalhista. Sob esse aspecto foi elaborada uma legislação específica para tratar diretamente do âmbito trabalhista, sendo esta a CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas.

Amparado naquilo que está previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas, entende-se por sindicato uma entidade de direito privado, fundada com o objetivo de defender os interesses comuns aqueles associados. Faço menção ao art. 511, em suma o art. 1º da CLT, *in verbis*,

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se domina que se denomina categoria econômica.

O objetivo dos sindicatos aduz à solidariedade de interesses econômicos, por atuarem na efetivação dos direitos do cidadão. Ademais o dispositivo apresenta os devidos preceitos para estabelecimento de uma organização sindical. É mister apontar que a liberdade sindical decorre sob a égide da convenção n. 87da Organização Internacional do Trabalho.

A insatisfação das condições de trabalho oferecidas pelos empregadores aos empregados denota-se a extrema desproporção, quando se refere à condição de melhoria, abrangendo salários proporcionais à atuação, férias, jornadas moderadas, enfim, todos os direitos trabalhistas que devem ser eficazes. É nessa dimensão que os trabalhadores, inconformados e insatisfeitos buscam melhorias e efetivação dos seus direitos através dos sindicatos. Menciono o discurso de Arendt (2007, p. 17),

O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da

espécie, e cuja mortalidade não é compensada por este último.

Diante do grifo acima mencionado, denota-se que o trabalhador oferece toda a sua disponibilidade, submetendo-se a um esforço físico e psicológico, cuja finalidade será insuficientemente valorizada. O que, de fato e previsivelmente ocorrerá o desgaste deste indivíduo, ocasionando a mortalidade do ser vivo e racional. Nesse ponto de vista, o trabalho é caracterizado como desconsiderador da existência humana, tendo o indivíduo como um ser artificial e insubstituível.

É imprescindível salientar o entendimento de Leão XIII, mencionado por Calvez (1895, p. 66) que diz o seguinte:

Leão XIII dizia que “a melhoria da condição operária é requerida por motivos de justiça”, acrescentando que “a ideia de justiça está em causa em todas as relações sociais e constitui o único princípio capaz de dar à questão operária uma solução verdadeira e conforme a equidade, pregada pelo Evangelho”, donde conclui: a caridade é a norma fundamental de toda a vida social, e a justiça é uma norma objetiva universal de todas as relações que se travam-na sociedade”.

É visando à defesa desses direitos sociais, expressamente vistos na Carta Magna, que nasce nos trabalhadores o espírito de defesa de tais direitos sociais. Tendo em vista que se faz necessária à condição de uma relação além de social, jurídica, com a finalidade de assegurar todo conjunto da classe operária que resiste a inúmeras infrações constitucionais de direito. Para que a classe operária mantenha-se em pé de igualdade com os empregadores. Esse estabelecimento resultará no desenvolvimento das produtividades no âmbito trabalhista. Ressalte-se, portanto, os princípios reguladores da negociação coletiva de trabalho.

#### **4 O CAPITALISMO COMO FATOR PREPONDERANTE DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E TRABALHISTAS**

No âmbito trabalhista encontra-se a relação de duas partes, empregado e empregador, sendo o empregado a parte menos favorecida. Aos hipossuficientes desta esfera obtém-se acesso à justiça aquisitiva,

correspondente ao seu índice econômico. É importante destacar que o Direito do Trabalho não está somente baseado numa consolidação de leis que ditam as regulamentações imprescindíveis. Essa ciência possui princípios essenciais, como o que está sendo discutido, o princípio protetor. De acordo com Marques (2008, p. 04),

O Direito do Trabalho, por ser uma ciência jurídica, nascido a partir do clamor social, resultado de lutas e conquistas dos trabalhadores ao longo da história, não podia se prender taxativa e gramaticalmente ao texto legal. Por isso é que, diferentemente dos demais ramos jurídicos, carregando o princípio da primazia da realidade, define a situação fática não o formalismo como caracterizadores da relação jurídico-empregatícia, é que se percebe também a necessária profundidade e a preponderância da aplicação dos princípios ao Direito do Trabalho.

O princípio protetor indica a melhor opção que busque uma igualdade jurídica e entre outras partes, garantido ao trabalhador que a justiça ponderará de acordo que seja justo para o empregado e para o empregador. Com afirma Marques, 2008: os princípios devem ser valorizados, no sentido de que seja dada preponderância não somente à vontade do poder, mas, e principalmente à vontade do legislador, já que é detentor do papel representativo da vontade popular.

Agindo como instrumento de defesa para com o empregado, o princípio protetor serve de segurança, para a parte menos favorecida, necessitando de um ramo jurídico o qual o que não quer dizer que os empregadores serão desamparados da jurisdição. O Direito do Trabalho tem como objetivo buscar uma harmonização para que haja um equilíbrio entre as partes, não prevalecendo, mas determinando o justo. Nessa linha de raciocínio, fundamento nas palavras de Lafargue (1999, p. 29),

[...] a classe capitalista achou-se condenada à preguiça e ao prazer forçado, à improdutividade e ao superconsumo. Mas, se o supertrabalho do operário magoa a sua carne e atormenta os seus nervos, ele também é fecundo de dores para o buguês.

Acerca do surgimento do trabalho com a força do homem, fazendo uma reflexão com as condições atuais. Compreende-se que o homem, através do trabalho, modifica as suas relações sociais, podendo ser vista quando o homem deixa de praticar suas atividades do cotidiano, para intensificarem no seu trabalho, ou seja, tais indivíduos vivem um mundo voltado ao trabalho. Importante destacar que o homem necessita de descanso para boa produtividade.

### **CONCLUSÃO**

Diante dos argumentos que foram expostos, pode-se compreender que a efetividade dos direitos dos cidadãos, independentemente de ser ele trabalhador ou não, ocorre de maneira eficaz através da atuação dos movimentos sociais e sindicais, uma vez que são eles que mobilizam a sociedade em prol da eficácia do direito já garantido ou ainda, pela mudança e/ou criação deste.

Insta salientar que o sindicato promove a atuação sem obter qualquer benefício pecuniário, por se tratar de uma instituição sem fins lucrativos. A efetividade da atuação dos sindicatos no âmbito trabalhista, como forma de efetivação de direitos do cidadão já previstos pela Constituição Federal de 1988. Haja vista as decorrências de lides no judiciário, bem como as manifestações, como greves, em busca de melhorias. Os sindicatos vêm atuar na busca pela efetivação de direitos já garantidos.

Além disso, foram apresentadas disposições jurídicas e principológicas acerca dos direitos fundamentais do cidadão, como pode ser visto hodiernamente a desigualdade social, fator que ocasiona controvérsia à dignidade da pessoa humana. Desse modo, não há como construir uma cidadania sem que haja fundamentalmente o respeito aos preceitos basilares para a construção da cidadania.

É imprescindível salientar que o proletariado, ou seja, a classe trabalhadora é quem move o crescimento do mercado. O universo em si gira em torno do mercado, que por sua vez é um dos fatores que movem o sistema capitalista. Considerando esse entendimento, o proletariado deveria ser a classe mais respeitada ou benéfica.

Infelizmente, a realidade é controversa, o burguês que detém o capital para movimento do mercado. Logo, é o burguês quem mantém o poder.

Posto que, estes não realizam grandes esforços para efetivação e andamento d trabalho e mercado. É necessário valorizar o trabalhador, a mão de obra especializada que esses dispõem, bem como, primordialmente, fazer-se-á necessário o respeito às garantias constitucionais ora previstas, ressaltando que o ordenamento jurídico ainda dispõe de uma legislação específica que assegura e protege a classe trabalhadora.

A Constituição Federal ressalva os direitos humanos, coletivos e difusos, redimensionando o Direito do Trabalho de forma coletiva, suscitando a valorização da organização sindical. Ainda que o sindicalismo tenha evoluído ao longo do tempo, encontra-se distante de um desenvolvimento ideal para quem venha a atingir a sua função social, buscando fundamentalmente a satisfação da classe trabalhadora, proporcionando-lhes bem-estar.

#### **REFERÊNCIAS:**

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BORGES, Roxana. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**.

CALVEZ, Jean-Yvez e PERRIN, Jacque. **Igreja e sociedade econômica: ensino social dos Papas: de Leão XIII a Pio XII (1878-1958)**. Caridade e justiça: carta aos bispos da Polônia, 19. mar. 1895, Bp. IV, p. 66.

CARLET, Flávia. **Advocacia popular: práticas jurídicas e sociais no acesso ao direito e à justiça aos movimentos sociais de luta pela terra**. Brasília: UNB. Faculdade de Direito/Coordenação de Pós-Graduação em Direito/Mestrado, Estado e Constituição 2010.

GORKI, Máximo. **A mãe**. São Paulo: Círculo do Livro, 1907.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. São Paulo: eBooksBrasil.com, 1999.

MARQUES, Ana Maria Almeida. Notações sobre o princípio protetor no direito do trabalho na contemporaneidade e precarização do labor humano. **Rev. Jur**, Brasília, v. 10, n. 91, 2008.



## **DANO INVISÍVEL NA PERDA DE TEMPO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL NO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DO RJ**

**LENORA C MILESI:** advogada OAB/RJ 153.424, Técnica de Seguros, Funenseg, IV CAS, RJ,1977 -Corretora de Seguros.RJ/1978- Graduada pela UERJ, Bacharela de Filosofia.1979- Diplomada no Curso de Política e Estratégia-Adesg-1987- 1ºCiclo de Duque de Caxias/RJ, Graduada em Direito pela Estácio de Sá/RJ/2008- Especialista na Defesa do Consumidor de Seguros - Pós Graduada Máster de Seguros. PUC. RJ. 1995-Presidente da Ascind/Nacional- Associação dos Corretores de Seguros Independentes, D.Caxias.RJ.1996. Arbitragem em Seguros pela ACRJ, 12/2000, Facilitadora pela Parceiros do Brasil 02/2010. Mediadora Judicial do TJRJ(10/2011). Pós-graduação em RC e Consumidor pela Emerj(10/2012). Mestranda em Sistemas de Soluções de Conflitos, Universidade Nacional de Lomas de Zamora, AR.

**Resumo:** O artigo visa mostrar a injustiça no julgado de mero aborrecimento para o dano invisível causado pelo péssimo serviço essencial prestado no transporte aquaviário urbano. Dano pela repetição diária de pequenos atrasos no acesso ao continente, na ida e volta dos ilhéus, em desrespeito as normas protetivas consumeristas. Visa demonstrar a perda habitual do tempo do ilhéu que tem violado sua vida pessoal, familiar e social, pois até por fatos conhecidos desde o milênio passado, o lixo na baía da Guanabara, negam-lhe o direito a uma conduta compensatória.

**Palavras-chave:** Consumidor. Dano Invisível. Perda de Tempo. Transporte Aquaviário.

**Sumário:** Introdução. 1. Os novos danos reconhecido nos direitos fundamentais do consumidor. 2. Na perda habitual do tempo qualificado, o dano invisível versus mero aborrecimento. 3. A Restrição do acesso à justiça ao consumidor confirma a sensação de impunidade para o mau

fornecedor. 4. A melhoria do serviço essencial de transporte aquaviário por compensações reais e na visibilidade deste novo dano. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo modificar o entendimento de mero aborrecimento sobre o dano invisível ao consumidor de serviço público essencial, o transporte aquaviário; trazendo visibilidade à perda de tempo produtivo de forma contínua deste serviço, que atinge o cidadão de uma forma invisível, quase uma tortura, constrangedora e limitadora, da qualidade de vida do consumidor; em estudo posterior, visa construir uma resposta, usando leis, manuais, princípios e buscando fatos valores e normas.

Aborda, como exemplo, casos do fornecimento do único meio de transporte entre a Ilha de Paquetá e a Praça XV, na forma de monopólio em nome do Estado, sendo o transportador aquaviário o único meio responsável pelo efetivo direito de ir e vir do cidadão.

O consumidor não tem escolha quanto a usufruir ou não do único serviço ofertado, a empresa concessionária que ao assinar o contrato administrativo para prestar o serviço público recebe automaticamente status de agente público no exercício de função administrativa. Por isso, está obrigada a desempenhar suas atividades de forma adequada com conforto e segurança, em consonância com o contrato assinado com o poder público.

Diante desse panorama, há um novo dano, diluído no constrangimento diário e compulsório, caracterizado pela repetição de atrasos do serviço essencial e habitual, do único meio de acesso ao continente, e não visualizado pela construção doutrinária e jurisprudencial, ainda recente, não pacificada, pois sob o manto de árduo combate a Indústria do Dano Moral, ainda se nega ao humilde e vulnerável consumidor o direito de resgatar a perda do seu tempo produtivo, ampliando a sensação da impunidade para o serviço

essencial de transporte aquaviário para ilha de Paquetá, Rio de Janeiro, apesar do risco do empreendimento do concessionário .

A metodologia da pesquisa desenvolvida no artigo é exploratória, a partir de uma bibliografia e pesquisa documental indireta, tendo por base nas sentenças, acórdãos e entrevistas públicas em site jurídico; com uma abordagem qualitativa do problema, por método do raciocínio dedutivo, com vistas a alterar o paradigma de mero aborrecimento do dano invisível estudado.

## **1. OS NOVOS DANOS RECONHECIDOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR.**

A impunidade processual favorece o mau prestador de serviço, fundada no julgado com sentença de improcedência por mero aborrecimento na vida moderna[1], ou improcedência considerando lixo no mar da Baía de Guanabara, cidade do Rio de Janeiro-RJ, um fortuito externo, para os repetidos e habituais atrasos que limitam o ir e vir do ilhéu, constringendo-o pela negação da entrega do serviço na forma pactuada desde a licitação no edital de pré-venda, em 1999, que prometia celeridade, conforto e segurança, e para os ilhéus não acontece na pratica.

Apura-se que a certeza de impunidade é a fonte fortalecedora de praticas abusivas do fornecedor de serviço essencial, no transporte aquaviário da cidade, no percurso para Ilha de Paquetá; pois com atrasos diários de dez a noventa minutos na ida e o mesmo na volta durante o transporte essencial para os ilhéus, revela-se um dano invisível, que fica diluído em pequenos atrasos por dias, meses e anos contínuos, ocultando um vicio de qualidade do serviço essencial compulsório.

Considerando que é o único meio de acesso ao continente, neste bloco de serviço, cria-se uma grave violação aos direitos personalíssimos, quanto a ter reconhecida qualidade e as expectativas de bom atendimento no serviço de transporte aquaviário; violação esta que sendo habitual, diária e contínua causa constringimento que em muito supera o mero aborrecimento da vida moderna, que é oriundo da escolha do consumidor sobre qual meio de transporte poderia usar para

seu retorno ao lar; sendo que os ilhéus de Paquetá não há qualquer opção de transporte além do aquaviário; só há acesso aos seus lares e trabalhos por via

aquaviária, o que passa despercebido em alguns julgados do tribunal do Estado do Rio de Janeiro.

Ainda sobre considerar lixo na baía ou nevoeiro [2] como fatos inéditos ou imprevisíveis capazes de excluir o nexo, como caso fortuito externo, e deixar os consumidores necessários do transporte aquaviário sem a resposta necessária ao seu pleito cidadão de bons serviços públicos, o mesmo julgado faz referencia a outros julgados como a mesma base da fortuidade do lixo encontrado na baía de Guanabara, ser de conhecimento público e estar descrita desde o edital de pré-venda datada de 1999. [3]

E, mesmo quando o julgado [4] reconhece o lixo na água da baía como fato público e notório este não o pune como falha na prestação de serviço, da atividade do transportador, por não visualizar a contínua perda habitual do tempo do consumidor, o dano invisível que se confirma ao se repetir dia após dia, mês após mês, ano após ano, sem qualquer expectativa de melhoria do serviço público de qualidade devido ao cidadão consumidor.

Há de se reconhecer que se considerado eventual ou esporádico, o desvio produtivo pela perda do tempo do cidadão não é aparentemente de grande monta; como para um turista ao visitar a Ilha de Paquetá num domingo ensolarado, conhecida como Pérola da Guanabara, lar da Moreninha, mas para o ilhéu que sofre sua repetição diária e contínua deveria ser presumido, cabendo a reparação por danos morais, com fins compensatório e para combater a cultura do descumprimento da lei e respeito a promessa licitatória de rapidez, conforto e segurança; devendo esta ser banida conforme o julgado [5]:

Vale destacar no próprio acórdão a lição do Ministro Jose Delgado, na ementa do respeitável julgado: “(...) Afirma Ruggiero: “ Para o dano ser indenizável, basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos

sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito.” (...) Deve ser banida da cultura nacional a ideia de que ser mal atendido faz parte dos aborrecimentos triviais do cidadão comum(...)”. Criou-se, como lembra o notável ministro, uma cultura, que acaba por funcionar no Judiciário, porque somos, obviamente, partes dessa cultura, que o mau atendimento faz parte dos aborrecimentos triviais do cidadão comum. Isto é o locupletamento imoral por parte daqueles que não investem para melhorar o atendimento. Ou agem de má-fé se aproveitando dessa cultura.”

Logo se não é desejável que se banalize o dano moral, é igualmente repulsivo proteger pelo *mero aborrecimento da vida moderna*, o descaso e o descumprimento da lei, Princípios e Regras Cogentes e Mandamentais Consumeristas, por conta do lixo na baía, como foi citado nos julgados anteriores.

Idêntica foi a orientação do Desembargador Werson Rego (TJ/RJ)[6], quando lhe foi apresentado o caso ora debatido(informação oral), e por se tratar de contrato de serviço publico com descumprimentos constantes, contínuos e em pequenas condutas, que deveria observar a decisão sobre reparação devida, constante na apelação n. 2007.001.28750, *in verbis*[7]:

DIREITO DO CONSUMIDOR. AMPLA. FATO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. IRREGULARIDADES NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. APAGÕES. TRANSTORNOS DECORRENTES DE SUCESSIVAS E / OU PROLONGADAS QUEDAS / INTERRUPTÕES DE ENERGIA, QUE SE SUCEDEM COM FREQUÊNCIA INACEITÁVEL. ABUSO E DESCASO PARA COM O USUÁRIO. DANO MORAL QUE SE VERIFICA IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO. NATUREZA PREVENTIVO-PEDAGÓGICA. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE. TEORIA

DO DESESTÍMULO (ART. 6º, VI, CDC). RECURSO PROVIDO. 1) O quadro fático descrito pela autora nos autos, devidamente comprovado através de documentos, aponta, inexoravelmente, para a ocorrência de fato do serviço. A eficiência e a continuidade do serviço prestado não é um plus, mas um dever jurídico da concessionária que, na espécie, restou claramente violado. Em sendo o caso de prática manifestamente abusiva e, portanto, ilícita, o dano moral se verifica *in re ipsa*, bastando a prova da conduta inadequada do fornecedor. 2) A indenização, após a entrada em vigor do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, há de ser efetiva (princípio da efetividade), não só para reparar como, também, para prevenir danos aos consumidores, *ex vi* do artigo 6, VI, da legislação consumerista, mormente em se tratando de serviço essencial. Destarte, não se pode olvidar a função preventivo-pedagógica da indenização, que deve servir de desestímulo (teoria do desestímulo) para a manutenção de condutas que agridam e violem direitos dos consumidores. 3) Sentença de improcedência do pedido que se reforma. 4) Recurso provido, arbitrando-se em R\$ 15.000,00 a verba compensatória do dano moral.

E com este raciocínio analógico pode-se visualizar uma punição desejável para esta mera conduta de ilícito civil que agride e viola direito dos consumidores, ilhéus, pela recusa continua de seus pleitos, referente a este tema.

## **2. DA PERDA HABITUAL DO TEMPO QUALIFICADO, O DANO INVISÍVEL VERSUS MERO ABORRECIMENTO.**

O desvalor do tempo produtivo e desesperança do cidadão, se configura na falta de visibilidade do dano, vez que a prova do dano, pelo descumprimento do contrato, e suas consequências para um ilhéu é o

mais difícil, restando a questão de como materializar o tempo/energia perdida nos atrasos diários no ir e vir dos ilhéus.

Assim os pequenos atrasos diários na ida ao trabalho e o mesmo na volta, caracteriza-se uma verdadeira prova diabólica, vez que o transportador não irá fazer prova contra si mesmo; e a presença de transtornos pessoais geradora do dano de natureza moral, pelo atraso diário no emprego ou colégio ou médico, como quebra da normalidade da vida cotidiana é de difícil detecção, pois o que aparece são seus reflexos como no caso da demissão do emprego por causa dos diários e contínuos atrasos da embarcação, no caso estudado[8].

Sobre o tema de difícil prova cabe lembrar a lição de Sérgio Cavaliere Filho [9] ao lecionar que não se pode utilizar os mesmos meios para a comprovação do dano material, quando se tratar de dano imaterial, como dano moral; que através dos meios probatórios tradicionais seria impossível exigir que a vítima comprovasse a dor, a tristeza ou a humilhação mesmo através de depoimentos, documentos ou perícia, assim não tendo ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio, restando a irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais, e é exatamente esta a dificuldade do dano invisível.

O tema em estudo ultrapassa a seara do descumprimento de cláusula contratual e do mero aborrecimento; configurando o dano moral em razão da violação do direito fundamental de ir e vir com conforto, segurança e respeito do horário prometido pela transportadora, com o contínuo agravamento da situação, da angústia, do medo, da aflição psicológica, do sofrimento imposto ao ilhéu, até pela perda do emprego diante de contínuos e diários atrasos[10] provocado pelo diário péssimo serviço prestado pela concessionária, conhecido em todas as esferas de poder, conforme noticiários locais.

Por isso são atingidos interesses subjetivos e traz a questão constitucional de notória repercussão nos aspectos político, econômico e social. Em realidade, envolve toda a coletividade brasileira sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana e da felicidade que impõe a boa fé, confiança e transparência nas ofertas de transporte com hora marcada,

ao invés disto encontra-se uma espécie de privação à liberdade de locomoção como atributo à vida moderna, nos julgados de mero aborrecimento onde tudo é ignorado.

Fatos como estes são abordados por Marcos Dessaune[11], principalmente, quando destaca o *Tempo* como suporte implícito do direito constitucional ao lazer, previsto no art. 6º da Constituição da Republica Federativa do Brasil- CRFB/1988, e ainda destaca-o como política pública necessária disposta no art. 217, § 3º, da CRFB/1988. O doutrinador cita o necessário tempo para o lazer como o suporte implícito à realização da atividade recreativa, que irá *refazer as forças (sobretudo da pessoa trabalhadora) depois da labuta diária e semanal*.

O serviço de transporte aquaviário prestado, de forma irregular e viciada de mau atendimento[12], prestado diariamente ao ilhéu não só interfere no lazer, como na sua locomoção diária, quando necessita acessar o continente, e estes são direitos subjetivos fundamentais da pessoa humana, que ligado a necessidade de boa fé e confiança nos transportes publico aquaviário essenciais, comporão o principio da felicidade que é negado ao ilhéu, pois quando este reclama dos atrasos diários ao fornecedor, é ignorado. E quando vai a juízo este classifica seu dano, da perda diária e continua do seu tempo num serviço essencial, como mero aborrecimento da vida moderna.

### **3. A RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA AO CONSUMIDOR CONFIRMA A SENSÇÃO DE IMPUNIDADE PARA O MAU FORNECEDOR.**

Buscar mais rigor na qualidade do serviço, inibindo os vícios de qualidade, visando universalizar a promessa de conforto, segurança e rapidez do transportador aquaviário, é a proposta deste artigo, e reforçando este ponto há o art. 6º, VI da Lei 8078/90, que fala dos direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Ainda, dispõe o art. 14 da referida lei que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos a prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua

fruição e riscos, a exemplo de quando atrasam sem qualquer informação para os consumidores.

O dispositivo de lei que trata da responsabilidade objetiva, para ser invocada, independe de dolo ou culpa da pessoa jurídica, bastando, tão somente a relação causal entre a atividade e o dano, pois há uma presunção de responsabilidade no que chamam de dano *in res ipsa* reconhecido até pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado do Ministro Cesar Asfor Rocha[13].

Entretanto a perda do tempo produtivo, dano invisível, no Tribunal de Justiça do RJ, ainda é majoritário no tribunal do Rio de Janeiro, o voto de mero aborrecimento, que deprecia o ilhéu que cobra em juízo o dano decorrente do desperdício do tempo pessoal ou útil como consumidor, inibindo assim o acesso de ações similares na justiça.

Na doutrina moderna já se observa a diferença entre atrasos eventuais pelas decisões de mobilidade que se toma num trânsito caótico da vida moderna, como diferente das perdas de seu tempo livre imposta pelo transportador, visando solucionar os problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores; que não disponibilizam meios adequados de mobilidade ou até para receber ou prestar informações, como telefone de serviço de atendimento a cliente, deixando o consumidor sem controle e/ou número de protocolo, porque isso pode comprometê-los numa ação futura, e assim dificultam a prova do dano.

As constantes decisões de mero aborrecimento para o consumidor que cobra sua perda de tempo, e o descaso com as reclamações dos ilhéus pelo fornecedor do serviço essencial de transporte aquaviário que abastece a ilha de Paquetá, gera no ilhéu a sensação de impunidade para o mau fornecedor.

Até mesmo quando os ilhéus formaram uma associação específica de defesa do consumidor e usuário do transporte aquaviário, e, esta fez um trabalho de reunião de documentos e pesquisas por quase um ano, resultando numa representação

contra o fornecedor junto ao ministério publico, que gerou o protocolo numero HOMPRJ SPJTCQ 2010 0088 5719 no dia

11.11.2010 as 16:37:55,[\[14\]](#) visando o cumprimento do contrato de licitação no que tange o tempo de viagem, máximo de 58 minutos, incluído embarque e desembarque, numa viagem na velocidade acima de 10 nós, conforme clausula 10 do contrato já citado.

Representação esta considerando o Edital Pré-Venda da Conerj, as fl.254, que define a extensão do percurso de 10,6 milhas, e lancha com capacidade de 2000 PAX, teria de ter o tempo total da viagem de duas horas e dezesseis minutos incluso neste tempo a ida e volta, com seu embarque e desembarque. Ou seja, o tempo máximo de travessia por etapa (ida ou volta) teria 58 m para percorrer os 19.180km em velocidade acima de 10 nós, com 10 minutos para embarque ou desembarque, conforme a cl.2, inc.1, letra a, linha social, do contrato de licitação das Barcas SA[\[15\]](#).

Assim a perda do tempo qualificado fica patente ao se confrontar os documentos acostados com o Relatório da audiência pública de 04/04/2009, ocorrida no salão do late Clube de Paquetá/RJ, onde esteve presente o presidente da Comissão Parlamentar de Inquirito- CPI, Dep. Gilberto Palmares, o subsecretário de Transportes do Estado do Rio de Janeiro, o representante da AGETRANSP, o administrador da Ilha de Paquetá e o diretor-presidente da Associação de moradores, no qual a empresa afirma que o tempo de travessia entre Paquetá e a Praça XV é de 70 minutos, mais o tempo de embarque e desembarque, restando confesso no mínimo um atraso constante, habitual e diário, em regra de 30 minutos por viagem, ou atraso de uma hora por dia, no mínimo, incluindo embarque e desembarque conforme o citado edital.

Nesta audiência abordam fatos como a da trabalhadora relatado no processo n. 0034619-36.2009.8.19.000.1 onde a moradora de Paquetá, cujos atrasos repetitivos ao trabalho provocados pela impontualidade do transporte e cancelamento de horários, provocaram sua demissão, após repetidas advertências verbais do empregador, e o resultado foi impropriedade, considerando mero aborrecimento da vida moderna, segundo o juízo da primeira e segunda instância.

#### **4. A MELHORIA DO SERVIÇO ESSENCIAL DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO - COMPENSAÇÕES REAIS E NA VISIBILIDADE DESTE NOVO DANO.**

Cada vez mais a sociedade e os direitos humanos exigem o resgate do cidadão, pela implantação de políticas públicas de atendimento ao consumidor e fortalecimento da cidadania, previsto no conjunto de normas e princípios especiais vieram para viabilizar e operacionalizar os dispostos nos art.5º, XXXII, e o Art.170º,V, e o art. 48º do ADCT todos da CRFB/88, destinado a proteção do consumidor, hipossuficiente e vulnerável.

Pelo disposto no art.2 e 3, *caput* e art.14º do disposto na Lei n. 8.078 /90, Código de Proteção e Defesa do Consumidor -CPDC/91, pode-se atingir a responsabilidade de natureza objetiva, contratual, mas se assim não entender resta a culpa levíssima fundada no art. 927 e ss Código Civil Brasileiro- CCB, e principalmente a previsão legal adequada para o transporte aquaviário, na forma da [lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, \[16\]](#) que determina regras de atendimento ao usuário do transporte aquaviário e terrestre, traçando seus Princípios e Diretrizes Gerais.

A CPI conduzida pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro- ALERJ confirmou aquilo que era inevitável concluir em relação a um serviço fiscalizado nas presentes condições:

Em vista do histórico aqui apresentado, em especial dos acidentes verificados nos últimos três anos, do estado das embarcações antigas e dos piers nos terminais, esta CPI conclui que o serviço oferecido por Barcas S/A não é prestado com os cuidados necessários.

Ainda houve fatos que devem ser destacados da CPI instaurada pela ALERJ apresentou alguns aspectos, no mínimo, curiosos. O texto da CPI diz que:

A superlotação das embarcações já levou a Capitania dos Portos a aplicar várias multas à concessionária. Não se tem notícias de que algumas

delas tenha sido efetivamente paga.” (...) “O que se conclui é que, das multas aplicadas pela Agetransp à concessionária por quebra de contrato, no total de R\$ 675 mil, nenhuma delas foi paga até hoje.[\[17\]](#)

Surgia culpa concorrente entre Estado e concessionário, uma vez que os repetidos danos à população ao longo do tempo, com supressão de horários, constantes atrasos e inobservância de requisitos mínimos de segurança e saúde, facilmente comprovados pelos documentos e reportagens, configurava a inércia do governo em coibir a má prestação do serviço do concessionário.

E, esta conduta omissiva submete-se ao que preceitua o artigo 37, parágrafo 6.º, da Constituição Federal, em face dos danos que, nesta qualidade, os agentes das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos praticaram contra terceiros, inclusive pela flagrante e nociva celebração de contrato em flagrante desequilíbrio contra os interesses da população carioca, em especial aos ilhéus.

Foi apurado na CPI das Barcas SA, na ALERJ, as violações ao direito de ir e vir dos ilhéus, conforme relatado por seu presidente, que a passagem do transporte para Ilha de Paquetá sofreu aumentos abusivos nos últimos anos,[\[18\]](#) e assim os ilhéus conquistaram, desde o final 2012, por exigência do Poder Executivo, a utilização do bilhete único sem valor de cobrança, trazendo para eles o elemento de serviço aparentemente gratuito no transporte essencial para seus moradores, mas esta gratuidade é até 2016, não pode ser alvará de mau atendimento, de embarcação sem higiene básica, ou maiores atrasos e desrespeitos.

Em regra a prestação do serviço de transporte aquaviário de baixa qualidade tem imposto aos consumidores uma menor quantidade de tempo disponível para o descanso e trabalho, colocando o morador de Paquetá em franca desvantagem frente ao mercado de trabalho.

A doutrina, na persecução de atender à própria evolução do Direito e da Justiça, trata a perda de tempo que produza ou diminua a

produtividade em seu trabalho como perda do tempo qualificado do usuário habitual.

A ampliação de dano ressarcível conduz a uma lista amplíssima de seus *novos danos*. Dentre eles, a jurisprudência italiana tem apontado o *dano à vida de relação, o dano pela perda de concorrencialidade e o dano por redução de capacidade laboral genérica*.

Neste sentido, não só as inovações tecnológicas, como citado acima, mas a própria sociedade contemporânea esconde uma miríade de danos que a massividade e a despersonalização das relações de consumo trazem para nossas vidas sob o rótulo de mero aborrecimento.

Assim, indubitavelmente, deve-se resgatar a dignidade e capacidade laboral do

consumidor, que se encontra reduzida pela repetida impontualidade do serviço. A defesa destes aspectos da vida comum contemporânea não envolve qualquer tipo de tempo, mas o tempo qualificado, aquele que se insere na perda ou diminuição repetitiva da produção laboral ou do lazer da pessoa humana, provocado pela empresa que se comprometeu sob o regime de concessão ao fornecimento do serviço público com atualização tecnológica e de qualidade.

## **CONCLUSÃO.**

O dano de perda do tempo produtivo é mostrado na possibilidade de equívoco no entendimento de mero aborrecimento como dano invisível provocado, com reconhecido público, pelo péssimo serviço essencial prestado, no transporte aquaviário da cidade do Rio de Janeiro, na repetição diária de pequenos atrasos na ida e na volta dos ilhéus para o seu acesso ao continente, nos 365 dias do ano, por anos seguidos, em franco desrespeito e violação as normas consumeristas.

A ideia central foi demonstrar a perda habitual do tempo qualificado, como perda de um bem de valor econômico do consumidor que tem sua vida pessoal, familiar e social violados diariamente, pois até por fatos conhecidos desde o milénio passado, como lixo na baía da

Guanabara, negam-lhe o direito a uma indenização compensatória e corretiva pelos atrasos diários de forma contínua e habitual, cuja repetição acarreta o gravame do fortuito interno.

Isto como se ele tivesse de suportar calado um *furto habitual*<sup>[19]</sup>de tempo de vida produtiva do consumidor no transporte aquaviário diário de qualidade inferior ao prometido, e julgados que resultam nas violações tácitas dos direitos sociais, elencados como fundamentais

pela Carta Magna, e princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa e da boa fé objetiva.

Busca elucidar a melhor forma de ação pelo Poder Judiciário para que se concretize a Justiça Social acabando com a sensação de impunidade do mau fornecedor, encontrou na pesquisa e informações do edital de pré-venda da licitação, de doutrinadores modernos e alguns julgados no sentido de ilustração do que foi argumentado.

Demonstra a urgente necessidade na melhoria do serviço essencial de transporte aquaviário por compensações reais e na visibilidade deste novo dano que a perda do tempo produtivo. E, tendo em vista a valoração da dignidade da vida humana, torna-se oportuno destacar esta violação, que fica ocultada sob o manto do mero aborrecimento da vida moderna, principalmente quando se trata dos vícios de qualidade dos serviços essenciais.

Em conclusão o trabalho enfoca a temática dos novos danos, como o dano invisível da perda do tempo produtivo que ocorrido de forma repetida inúmeras vezes torna-se grave violação a dignidade humana, fundada na Constituição cidadã, no direito do consumidor, onde a dignidade do homem foi reconhecida como clausula pétrea, de direito fundamental, pelo disposto ao direito da personalidade do cidadão.

#### **REFERÊNCIAS:**

BENJAMIM, Antonio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

BRASIL. Lei n 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm)> Acesso em 29.08.2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro.

CARVALHO, José Carlos de. *Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Destaque, 2002.

CAVALIERE FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10 ed. rev., atual.e ampl. São Paulo:Atlas, 2012.

COLÓQUIO DE MESTRES - XXIV EDIÇÃO, 2007, RIO DE JANEIRO. *Obrigações & Contratos, doutrina – jurisprudência, responsabilidade civil e inadimplemento*, Rio de Janeiro: Mercury/Hotel Glória, em 20.10 2007.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor*. O prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agetransp. Edital de Pré-Venda da Conerj, Processo E14.2348/2000 de 15.05.2000. Antes Disponível no site.< <http://www.agetransp.rj.gov.br/agetransp/index.php/deliberacoes>> acessado em 2010, hoje arquivo pessoal da autora.

GRINOVER. Ada Pelegrini. *Código Br. de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto/ (e al.)*. 8.ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária.2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzato. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*.3.ed., rev.e amp.-São Paulo:Saraiva, 2007

O GLOBO, Extra, *Matéria do Jornal Ilha*. Rio de Janeiro, ano 2009.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)*, Diário Oficial do Poder Legislativo, publicado 01/07/2010

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2.ed.-São Paulo:Atlas, 2009. p.83,109.123-130.

## NOTAS:

[1] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. Órgão Julgador DECIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL Relator DES CLEBER GHELFENSTEIN. APELAÇÃO CÍVEL n. 0034619-36.2009.8.19.0001-Julgamento: 25/05/2011 - AGRAVO INOMINADO EM APELAÇÃO CÍVEL. Agravo contra decisão monocrática do relator que negou provimento ao recurso. Ação indenizatória. Supressão de horário na travessia praça xv – Paquetá. Sentença de improcedência. Incidente que se deu em razão da quantidade de lixo flutuante na baía de Guanabara que danificou a turbina da embarcação. Apelada demonstrou que as providências adotadas por ela se pautaram na preservação da segurança dos usuários. Dano moral não caracterizado. Mero Aborrecimento. Sentença de improcedência que se mantém. Entendimento deste e. tribunal acerca do tema. Recurso manifestamente Improcedente. Aplicação do artigo 557, caput do cpc c/c artigo 31, VIII, do regimento interno deste e. tribunal. ausência de argumento novo que justifique a revisão do julgado. Nega-se provimento ao recurso.

[2] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. Órgão Julgador DECIMA NONA CÂMARA CÍVEL Relator DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO n. 0052758-02.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO - Julgamento: 26/10/2010 AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO CIVIL. ATRASO DAS BARCAS. DANO MORAL. É cediço que a responsabilidade do prestador de serviços é objetiva. Todavia, somente se exonera do dever de indenizar provando a ocorrência de uma das causas de exclusão da sua responsabilidade enumeradas na lei, quais sejam: fortuito externo, força maior, fato exclusivo da vítima e fato exclusivo de terceiro. Salienta-se que o que caracteriza o fortuito é a imprevisibilidade e que, levando em consideração o risco da atividade desenvolvida, os civilistas dividem o caso fortuito em interno e externo. É forçoso concluir que, no caso

sub judice, o forte nevoeiro que assolou o Estado do Rio de Janeiro no dia do embarque do autor caracteriza-se como verdadeiro fortuito externo, não devendo o réu ser responsabilizado, pois tal ação destrutiva da natureza não guarda nenhuma relação com a atividade exercida pelo mesmo. DECISÃO PROFERIDA PELO RELATOR QUE SE MANTÉM. AGRAVO DESPROVIDO. Disponível arquivo pessoal da autora.

[3] ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agetransp. Edital de Pré-Venda da Conerj, Processo E14.2348/2000 de 15.05.2000, fls. 254. Disponível no site. <http://www.agetransp.rj.gov.br/agetransp/index.php/deliberacoes>, a época da audiência pública da CPI, Alerj, em 04.04.2009, entretanto hoje não se encontra mais no site, restando uma cópia arquivo pessoal da autora.

[4] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. Órgão Julgador DECIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL Relator DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO APELAÇÃO n.0422342-54.2008.8.19.0001 - Julgamento: 03/08/2010 – Ementa "INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO AQUAVIÁRIO PARA PAQUETÁ. ATRASO DE 40 MINUTOS NA SAÍDA DA BARCA. PROBLEMAS TÉCNICOS DECORRENTES DO LIXO ACUMULADO NA BAÍA DE GUANABARA. MERO ABORRECIMENTO. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. Tratando-se de responsabilidade objetiva, a obrigação da transportadora de indenizar prejuízos causados ao consumidor somente pode ser excluída quando demonstrada a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Segundo as explicações prestadas pela Concessionária, a embarcação Itapuca apresentou problemas técnicos, devido a uma pane ocasionada pelo entrelaçamento na hélice da embarcação de quantidade significativa de lixo na Baía de Guanabara, fato este que a obrigou a realizar o remanejamento da malha, alocando a embarcação Vital Brazil. Tal fato não caracteriza caso fortuito ou força maior, mas sim um risco inerente ao próprio serviço prestado, até porque a sujeira existente na Baía de Guanabara é acontecimento comum e notório, lamentavelmente. Contudo, o desconforto de ter que aguardar 40 minutos até que a embarcação fosse substituída, não caracteriza o dano moral, visto que a conduta da Recorrida não causou lesão a nenhum bem integrante da personalidade da Recorrente, ou seja, não há o mínimo elemento concreto hábil a revelar lesão à imagem, reputação e credibilidade da Autora, ainda que manifesto o defeito

na atividade empresarial da Ré. Não é possível aplicar uma condenação tomando-se por base exclusivamente o aspecto pedagógico-punitivo; é indispensável a demonstração da ocorrência de um dano, o que, in casu, não ocorreu. Recurso manifestamente improcedente." Disponível arquivo pessoal da autora.

[5] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. Órgão Julgador DECIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Relator Des. ADEMIR PAULO PIMENTEL Apelação civil nº 52.048/2005, cita o STJ. Resp. 608.918 -RS. Julgamento: Disponível arquivo pessoal da autora.

[6] Informação fornecida em pergunta direta quando a autora participava do COLÓQUIO DE MESTRES - XXIV EDIÇÃO, 2007, RIO DE JANEIRO. *Obrigações & Contratos, doutrina – jurisprudência, responsabilidade civil e inadimplemento*, RIO DE JANEIRO: MERCURY/Hotel Glória, em 20.10 2007. Disponível arquivo pessoal da autora.

[7] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. Órgão Julgador Decima Quarta Câmara Cível. Relator Des. WERSON REGO Apelação civil nº 2007.001.28750- Julgamento: 11/07/2007 Disponível arquivo pessoal da autora.

[8] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. Órgão Julgador Decima Quarta Câmara Cível. Relator Des. CLEBER GHELLENSTEIN. Agravo Inominado em Apelação Cível nº 0034619-36.2009.8.19.0001. Julgamento: 25/05/2011 Disponível arquivo pessoal da autora.

[9] CAVALIERE FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10 ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. fl. 97

[10] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. Órgão Julgador Vigésima Câmara Cível. Relator Des. Des. Cleber Ghelfenstein Apelação civil nº 0034619-36.2009.8.19.0001 (2009.001.034689-9)- Julgamento: 25/05/2011 “... em que pese tal circunstância, desagradável aos consumidores, a autora não comprova, concretamente, nestes autos, que sofreu danos morais em decorrência do atraso da embarcação... Portanto, diante do exposto, não há nestes autos, comprovação de que tenha a autora, em razão do atraso ocorrido na partida da barca com destino à Ilha de Paquetá, sofrido

qualquer dano que justifique a responsabilização da ré.”.. disponível arquivo pessoal da autora.

[11] DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor. O prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 124-125.

[12] O GLOBO, Extra, *Matéria do Jornal Ilha*. Rio de Janeiro, ano 2009, p.4 e 5, 26.04.2009

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Órgão Julgador Cível. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha REsp nº 23575 do publicado DJ 01.09.1997 p. 40838. “civil e processual civil. danos patrimonial e moral. art. 602 do CPC. 1. a concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*danum in re ipsa*). verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa).” Disponível arquivo pessoal da autora.

[14] Cópia no arquivo da autora.

[15] ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agetransp. Edital de Pré-Venda da Conerj. op. cit.

[16] BRASIL. Lei n 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm). Acesso em 29.08.2013. Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais: I – preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social; (...) II – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados; IV – assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência; V – compatibilizar os transportes com a preservação do meio ambiente, reduzindo os níveis de poluição sonora e de contaminação atmosférica, do solo e dos recursos hídricos; (...) VIII – assegurar aos usuários liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às

suas necessidades; Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da opera o dos transportes aquaviário e terrestre: (...)Art. 13. As outorgas a que se refere o inciso I do art. 12 serão realizadas sob a forma de: I – concessão, quando se tratar de explora o de infra estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de presta o de serviços de transporte associados   explora o da infra-estrutura; (...) Disponível arquivo pessoal da autora.

[17] RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito*(CPI), Diário Oficial do Poder Legislativo, publicado 01/07/2010.Disponível arquivo pessoal da autora.

[18] RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito*(CPI), Diário Oficial do Poder Legislativo, publicado 01/07/2010. O Dep. Gilberto Palmares denunciou durante a CPI que “os valores das linhas Ilha do governador e Paquetá, por exemplo, tiveram aumento de 270% e 324%, respectivamente, enquanto a infla o foi de 162%”. Impende, portanto, a “imediata revisão das tarifas com vistas   redu o dos valores nos trechos de Paquetá, Ilha Grande e Ilha do governador, realinhando-as com as praticadas na linha Rio/Niterói, em percentuais semelhantes aos vigentes no início da concessão”.

Disponível:[http://www.alerj.rj.gov.br/common/noticia\\_corpo.asp?num=30664](http://www.alerj.rj.gov.br/common/noticia_corpo.asp?num=30664), acessado 29.08.2013

[19] “Furto habitual de tempo”   uma analogia civilista do crime tipificado como furto de coisa, art.155,   3  do CP, considerando que pode se equiparar   coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra energia que tenha valor econ mico, e o tempo pessoal ou produtivo pode ser classificado ou valorado como energia com valor econ mico, sendo esta uma licença analógica do termo da autora.

## **APONTAMENTOS À DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE A ERRADICAÇÃO DA FOME E MÁ NUTRIÇÃO (1987)**

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a

cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente. Nesta esteira, o presente visa estabelecer uma análise acerca da Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e Má Nutrição (1987) como expressão dos direitos humanos.

**Palavras-chaves:** Direitos Humanos. Direito à Alimentação Adequada. Fome.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Apontamentos à Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e Má Nutrição (1987).

---

## **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da

população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (*“Olho por olho, dente por dente”*), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que

apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja aceção,

na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” [10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato [11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito [12], devido processo legal [13], acesso à Justiça [14], liberdade de locomoção [15] e livre entrada e saída do país [16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é

possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da

Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao

achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal,

da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade**

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”* [37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana [38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do

Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais<sup>[41]</sup>.

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”*<sup>[42]</sup>. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração*

*enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais” [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.*

## **5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade**

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo” [45]* ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”*[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como

“soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

## **6 Apontamentos à Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e Má Nutrição (1987)**

Em uma primeira plana, a grave crise alimentar que aflige os povos dos países em vias de desenvolvimento, nos quais vive a maior parte das pessoas com fome e má nutrição do mundo e onde mais de dois terços da população mundial produz cerca de um terço da comida do mundo – desequilíbrio que ameaça aumentar nos próximos dez anos – não só está repleta de graves implicações económicas e sociais, mas também compromete seriamente os mais fundamentais princípios e valores associados ao direito à vida e à dignidade humana consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Igualmente, a eliminação da fome e má nutrição, consagrada como um dos objetivos da Declaração das Nações Unidas sobre Progresso e Desenvolvimento Social, e a eliminação das causas subjacentes a tal situação, são objetivos comuns de todas as nações. No mais, a situação dos povos afetados pela fome e má nutrição resulta das suas circunstâncias históricas, em especial desigualdades sociais, nomeadamente e em muitos casos domínio estrangeiro e colonial, ocupação estrangeira, discriminação racial, segregação racial e neocolonialismo sob todas as suas formas, que continuam a ser alguns dos maiores obstáculos à plena emancipação e ao progresso dos países em vias de desenvolvimento e de todos os povos envolvidos.

A situação em comento se agravou nos últimos anos devido a uma série de crises que afetaram a economia mundial, como a deterioração do sistema monetário internacional, o aumento inflacionado dos custos de importação, o pesado fardo imposto pela dívida externa na balança de pagamentos de muitos países em vias de desenvolvimento, a crescente procura de alimentos devida em parte à pressão demográfica, a especulação e a escassez e aumento dos custos dos meios essenciais de produção agrícola. O bem-estar dos povos do mundo depende em grande medida de uma adequada produção e distribuição de alimentos, bem como do estabelecimento de um sistema de segurança alimentar mundial

que assegure uma adequada disponibilidade de alimentos, a preços razoáveis, em todas as circunstâncias, independentemente de flutuações e caprichos periódicos da meteorologia e livre de pressões políticas e económicas, devendo assim facilitar, entre outros aspectos, o processo de desenvolvimento dos países em vias de desenvolvimento. A paz e a justiça compreendem uma dimensão económica que contribui para solucionar os problemas económicos mundiais e erradicar o subdesenvolvimento, proporcionando uma solução duradoura e definitiva para o problema alimentar de todos os povos e garantindo a todos os países o direito de pôr efetivamente em prática, de forma livre, os seus programas de desenvolvimento. Para este efeito, é necessário eliminar as ameaças e o recurso à força, promover uma cooperação pacífica entre Estados na máxima medida possível e aplicar os princípios da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados, da plena igualdade de direitos e do respeito da independência e soberania nacionais, assim como encorajar a cooperação pacífica entre todos os Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, sociais e económicos. A melhoria contínua das relações internacionais criará melhores condições para a cooperação internacional em todas as áreas, o que deverá permitir a utilização de amplos recursos financeiros e materiais, nomeadamente no desenvolvimento da produção agrícola e no melhoramento significativo da segurança alimentar mundial.

Para uma solução duradoura de o problema alimentar, deverão ser feitos todos os esforços para eliminar os crescentes fossos que atualmente separam os países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento e para alcançar uma nova ordem económica mundial. Todos os países devem ter a possibilidade de participar ativa e efetivamente nas novas relações económicas internacionais através da criação, se necessário, de sistemas internacionais adequados, capazes de pôr em prática medidas apropriadas a fim de estabelecer relações justas e equitativas ao nível da cooperação económica internacional. Em seu artigo 1º, a declaração preconiza que cada homem, mulher e criança têm o direito inalienável de estar livre da fome e má nutrição a fim de desenvolver em pleno e de manter as suas faculdades físicas e mentais. A sociedade contemporânea possui já recursos suficientes, capacidade organizativa e tecnologia e, assim, a competência necessária para alcançar este objetivo. Nesta conformidade, a erradicação da fome é um objetivo

comum de todos os países que integram a comunidade internacional, em especial dos países desenvolvidos e de outros em posição de ajudar.

Os governos têm a responsabilidade fundamental de trabalhar em conjunto em prol de uma maior produção alimentar e de uma distribuição de alimentos mais equitativa e eficiente entre os países e no seu seio. Os governos devem iniciar imediatamente um ataque concertado e reforçado à má nutrição crónica e às doenças resultantes de carências alimentares entre os grupos vulneráveis e com baixos rendimentos. A fim de assegurar uma adequada nutrição de todos, os governos devem formular políticas adequadas de alimentação e nutrição, integradas nos planos gerais de desenvolvimento socioeconómico e agrícola, com base num adequado conhecimento dos recursos alimentares atual ou potencialmente disponíveis. A este respeito, deve ser destacada a importância do aleitamento materno por motivos nutricionais. Os problemas alimentares devem ser abordados durante a preparação e execução dos planos e programas nacionais de desenvolvimento económico e social, com destaque para os seus aspectos humanitários. Compete a cada Estado interessado, em conformidade com o seu juízo soberano e com a sua legislação interna, eliminar os obstáculos à produção alimentar e conceder incentivos adequados aos produtores agrícolas.

De importância primordial para o alcançar destes objetivos são medidas eficazes de transformação socioeconómica mediante a reforma da política agrária, fiscal, de crédito e de investimento e a reorganização das estruturas rurais, como a reforma das condições de propriedade, o fomento das cooperativas de produtores e consumidores, a mobilização de todo o potencial de recursos humanos, tanto masculino como feminino, nos países em vias de desenvolvimento com vista a um desenvolvimento rural integrado, e o envolvimento dos pequenos agricultores, pescadores e trabalhadores sem terra nos esforços para alcançar os necessários objetivos de produção alimentar e de emprego. Para além disso, é necessário reconhecer o papel decisivo das mulheres na produção agrícola e na economia rural de muitos países, e garantir que as mulheres beneficiem, em condições de igualdade com os homens, de uma adequada educação, programas de divulgação e meios financeiros.

Os recursos aquíferos, marítimos e de águas interiores estão atualmente a tornarem-se mais importantes do que nunca como fonte de comida e prosperidade económica. Nesta conformidade, devem ser tomadas medidas a fim de promover a exploração racional destes recursos, de preferência pelo consumo direto, a fim de contribuir para a satisfação das necessidades alimentares de todos os povos. Os esforços com vista ao aumento da produção alimentar devem ser complementados com medidas destinadas a evitar o desperdício de alimentos sob todas as suas formas.

A fim de fomentar a produção alimentar nos países em vias de desenvolvimento e em particular nos menos desenvolvidos e mais gravemente afetados de entre eles, devem ser adoptadas medidas urgentes e eficazes a nível internacional, pelos países desenvolvidos e outros países em posição de o fazer, a fim de proporcionar a esses países mais assistência técnica e financeira sustentada em condições favoráveis e num volume suficiente para as suas necessidades, com base em acordos bilaterais e multilaterais. Esta assistência deverá estar isenta de condições incompatíveis com a soberania dos Estados receptores. Todos os países, e em primeiro lugar os países altamente industrializados, devem promover o avanço da tecnologia de produção alimentar e devem envidar todos os esforços para promover a transferência, adaptação e difusão de tecnologias adequadas de produção alimentar em benefício dos países em vias de desenvolvimento e, para este fim, devem nomeadamente fazer todos os esforços para divulgar os resultados dos seus trabalhos de pesquisa junto dos governos e instituições científicas dos países em vias de desenvolvimento a fim de lhes permitir promover um desenvolvimento agrícola sustentável. A fim de garantir uma adequada conservação dos recursos naturais utilizados, ou que possam ser utilizados, na produção alimentar, todos os países deverão colaborar a fim de facilitar a preservação do ambiente, incluindo o ambiente marinho.

Todos os países desenvolvidos e outros capazes de o fazer devem colaborar a nível técnico e financeiro com os países em vias de desenvolvimento nos seus esforços a fim de alargar os recursos geodésicos e hídricos para a produção agrícola e de assegurar um rápido aumento da disponibilidade, a um preço justo, de fatores de produção

agrícola como fertilizantes e outros produtos químicos, sementes de alta qualidade, crédito e tecnologia. A este respeito, a cooperação entre os países em vias de desenvolvimento é também importante. Todos os Estados devem esforçar-se ao máximo por reajustar, se necessário, as suas políticas agrícolas a fim de dar prioridade à produção alimentar, reconhecendo, a este respeito, a inter-relação entre o problema alimentar mundial e o comércio internacional. Na determinação das atitudes face aos programas de apoio à agricultura para produção alimentar interna, os países desenvolvidos devem ter em conta, tanto quanto possível, o interesse dos países em vias de desenvolvimento exportadores de alimentos, a fim de evitar um impacto negativo sobre as exportações destes últimos. Para além disso, todos os países devem cooperar com vista a desenvolver medidas eficazes para combater o problema da estabilização dos mercados mundiais e promover preços justos e remuneratórios, se for caso disso mediante a celebração de acordos internacionais, para melhorar o acesso aos mercados através da redução ou eliminação de barreiras aduaneiras e não aduaneiras aos produtos com interesse para os países em vias de desenvolvimento, para aumentar as receitas de exportação destes países, para contribuir para a diversificação das suas exportações, e para lhes aplicar, nas negociações comerciais multilaterais, os princípios acordados da Declaração de Tóquio, incluindo o conceito da não reciprocidade e do tratamento mais favorável.

Uma vez que constitui responsabilidade comum de toda a comunidade internacional garantir, a todo o momento, um abastecimento adequado de alimentos essenciais a nível mundial, através de reservas apropriadas, todos os países devem cooperar no estabelecimento de um sistema eficaz de segurança alimentar mundial, através: (i) da participação no Sistema Mundial de Informação e Alerta em matéria de Alimentação e Agricultura, e do apoio ao seu funcionamento; (ii) da adesão aos objetivos, políticas e diretrizes da proposta de Compromisso Internacional sobre Segurança Alimentar Mundial endossada pela Conferência Mundial sobre a Alimentação; (iii) da afetação, sempre que possível, de reservas ou fundos para a resolução de emergências alimentares internacionais conforme previsto na proposta de Compromisso Internacional sobre Segurança Alimentar Mundial, e da elaboração de diretrizes internacionais para garantir a coordenação e a utilização de tais reservas; (iv) da

cooperação na prestação de ajuda alimentar para satisfazer necessidades nutricionais e de emergência, bem como para fomentar o emprego rural através de projetos de desenvolvimento. Todos os países doadores devem aceitar e pôr em prática o conceito de planejamento antecipado da ajuda alimentar e envidar todos os esforços para proporcionar fatores de produção essenciais e/ou assistência financeira que assegure quantidades adequadas de cereais e outros produtos alimentares.

#### **Referências:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em 17 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 17 dez. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 17 dez. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 17 dez. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 17 dez. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

#### NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 17 dez. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 17 dez. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 17 dez. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 17 dez. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 17 dez. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem

encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e

independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 17 dez. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei

Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito   preserva o de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira gera o (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Prote o constitucional da fauna (CF, Art. 225,   1 , VII) - Descaracteriza o da briga de galo como manifesta o cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - A o Direta procedente. Legisla o Estadual que autoriza a realiza o de exposi es e competi es entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. .  rgo Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 17 dez. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degrada o das liberdades ou a deteriora o dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econ mica existente entre as diferentes na es. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que tamb  tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de solu es tamb  globais. Tais “solu es” são os direitos de terceira gera o.[...]”