

16 a 19
OUTUBRO

**6ª SEMANA CIENTÍFICA DO
CURSO DE DIREITO**

“30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988”



Anais da Semana Científica do Curso de Direito da Unitri

Número 6, nov. 2018

Anais da Semana Científica do Curso de Direito da Unetri

Número 6 – novembro 2018

**ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO TRIÂNGULO – UNITRI**

Mantenedora: Associação Salgado de Oliveira de Educação e Cultura – ASOEC
Av. Rio Branco, nº 181 – sala 707 – Rio de Janeiro – RJ

Mantida: Centro Universitário do Triângulo – UNITRI
Avenida Nicomedes Alves dos Santos, 4545, bairro Gávea, CEP: 38411-106
Uberlândia – MG – Fone (34) 4009-9000 – Fax: (34) 4009-9125
www.unitri.edu.br

Chanceler: Prof. Joaquim de Oliveira
Reitora: Prof^a Marlene Salgado de Oliveira
Vice-Reitor: Prof. Marco Antônio Socreppa
Pró-Reitor Administrativo: Prof. Wallace Salgado de Oliveira
Pró-Reitor de Planejamento e Finanças: Prof. Wellington Salgado de Oliveira
Pró-Reitor de Desenvolvimento de Recursos Humanos: Prof. Jefferson Salgado de Oliveira
Gestor da Área Jurídica: Prof. Gil Ferreira de Mesquita
Gestora do Núcleo de Prática Jurídica: Prof^a. Lílian Santos Cardoso da Costa

Contatos com o Curso de Direito

Telefone: (34) 4009-9126
E-mail: direito@unitri.edu.br

Esta é uma publicação anual do Curso de Direito da Unitri

Corpo Editorial para este número:

Prof^a. Ana Flávia Alves Canuto Veloso
Prof^a. Ana Carolina Tomicioli Cotrim
Prof. Anderson Rosa Vaz
Prof. Gil Ferreira de Mesquita
Prof^a. Maria Conceição Martins Ferreira Castro
Prof^a. Natália Silva Mazzutti Almeida

ISSN 2595-3249

Sumário

Apresentação	05
A concessão de direito real de moradia para regularizar áreas públicas favelizadas como meio de concretização do direito constitucional à moradia e função social da propriedade – caso Glória em Uberlândia	07
<i>Lorena Mendes Freitas e Maria Conceição Martins Ferreira Castro</i>	
A ordem econômica constitucional: um olhar em seus fundamentos e princípios	26
<i>Geilson Nunes e Patrícia Silva Almeida</i>	
A tutela civil constitucional do direito a privacidade perante a responsabilidade dos provedores de internet	40
<i>Kássia Renata Ozeias de Souza</i>	
El sistema de responsabilidad política, administrativa y funcional del régimen constitucional brasileiro de 1824: prototipo de los modelos de responsabilidad de las constituciones brasileiras	64
<i>Alexandre Walmott Borges, Fabiana Angélica Pinheiro Câmara e Wilcon Algéis Luciano Abreu</i>	
O protagonismo do judiciário brasileiro e a Constituição Federal: notas sobre judicialização e ativismo	78
<i>Gil Ferreira de Mesquita</i>	
Os lixões, as mazelas sociais e os direitos constitucionais e ambientais básicos	88
<i>Artur Roberto Silva, Junia Mara Rodrigues Pires e Vanessa Mário de Amorim Gama Silva</i>	
Representação política no Brasil: características, impasses e perspectivas	106
<i>Ana Flávia Alves Canuto Veloso</i>	
Resumos aprovados e apresentados	131
Normas para publicação	133

Apresentação

A Semana Científica do Curso de Direito da Unitri, em sua sexta edição, foi realizada entre os dias 16 e 19 de outubro de 2018, com intensa programação de palestras e comunicações orais. Desta feita foi eleita uma temática geral atendendo a um importante marco deste mês de outubro: os **30 anos da Constituição Federal de 1988**.

Na abertura do evento, no dia 16 de outubro, recebemos o professor **Alexandre Walmott Borges**, da Universidade Federal de Uberlândia, mestre e doutor em Direito pela UFSC, que ministrou a palestra "Um balanço dos 30 anos da Constituição", abrindo os trabalhos em alusão à temática escolhida para esta edição da Semana Científica.

Na mesma noite, a professora **Maria Carolina Silveira Beraldo**, promotora de justiça em Minas Gerais, mestre e doutora em Processo Civil pela USP, ministrou a palestra "Processo estrutural: o novo modelo de processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário".

No dia 18 de outubro as professoras de nosso curso, **Ana Flávia Alves Canuto Veloso** e **Rafhaella Cardoso** abrilhantaram a noite com abordagens diretamente ligadas às suas recentes defesas de doutorado, ambas pela USP. As palestras foram, respectivamente, "A representação política: identidade e confiança entre representados e representantes" e "Confiança e delitos econômicos de desobediência administrativa: consequências do silêncio administrativo na atuação dos dirigentes empresariais". A palestra da professora Ana Flávia ganha versão completa nestes anais para que todos os participantes e mesmo leitores futuros possam ter acesso ao conteúdo ministrado.

As sessões de comunicação oral para os trabalhos aprovados aconteceram em quatro ocasiões, nos dias 17 e 19 de outubro, nas salas *advanced* 1 e 2. Ao todo foram apresentados 19 resumos e 7 trabalhos completos, estes últimos contemplando as mais diversas áreas do conhecimento jurídico, preferencialmente voltados às questões constitucionais, respeitando a temática do evento.

Esta edição também cuidou do lado social, vinculando as inscrições dos alunos do curso à doação de um brinquedo novo ou usado em boas condições, cujo resultado foi encaminhado a um projeto social para que se utilizasse a arrecadação em comemoração ao Dia das Crianças.

O sucesso do evento – sem dúvida alguma – deve-se ao empenho de muitos envolvidos, daí nosso agradecimento a todos os autores, alunos ouvintes e professores que moderaram as sessões de comunicação oral, sem os quais o brilho do evento não seria

o mesmo. Um agradecimento especial aos docentes que fizeram parte da Comissão Científica desta edição, cujo trabalho é essencial para a manutenção da qualidade na seleção dos trabalhos inscritos.

Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Coordenador Geral da 6ª Semana Científica do Curso de Direito da Unitri

Comissão Científica:

Profª. Ana Flávia Alves Canuto Veloso

Profª. Ana Carolina Tomicioli Cotrim

Prof. Anderson Rosa Vaz

Prof. Gil Ferreira de Mesquita

Profª. Maria Conceição Martins Ferreira Castro

Profª. Natália Silva Mazzutti Almeida

A concessão de direito real de moradia para regularizar áreas públicas favelizadas como meio de concretização do direito constitucional à moradia e função social da propriedade – caso Glória em Uberlândia

Lorena Mendes Freitas¹

Maria Conceição Martins Ferreira Castro²

Resumo: O objetivo dessa pesquisa é analisar cientificamente a Concessão de Direito Real de Uso para regularização de áreas públicas favelizadas e que não podem ser objeto da usucapião, questionando se através do instituto da dita concessão é possível regularizar essas áreas a moradores que vivem de forma irregular nas mesmas. O estudo é de fundamental importância visto que existe número elevado de famílias que reside em áreas não regularizadas, principalmente nas grandes cidades, sendo a maioria dessas áreas públicas, ou seja, não podem ser usucapidas. A não regularização dessas áreas acarreta em falta de infraestrutura básica para moradia digna das pessoas que nelas habitam, gerando diversos problemas sociais, econômicos e estruturais para os centros urbanos. A importância deste tema envolve também a possibilidade de cumprimento da função social da propriedade, princípio constitucional que limita o direito de propriedade em prol do interesse coletivo. Para elaboração do trabalho é utilizado o método qualitativo-descritivo, com revisão de literatura e estudo de caso realizado no Assentamento conhecido como: “Invasão do Glória”, abrangendo uma área de sessenta e três hectares a margem da BR-050, no município de Uberlândia-MG, contendo mais de duas mil moradias ocupadas por famílias do movimento Sem Terra do Brasil.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito real. 2.1. Direito de propriedade. 2.2. Função social da propriedade. 2.3. Função social da propriedade urbana. 2.4. As formas de aquisição da propriedade de bens imóveis. 2.5. Áreas públicas favelizadas. 2.6. Direito à moradia. 3. Regularização das áreas públicas favelizadas. 3.1. Direitos reais de uso para fins especiais de moradia. 3.2. Legitimação fundiária através da Medida Provisória 759/2016. 3.3. Regularização fundiária urbana – a nova Lei 13.465/2017. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Áreas favelizadas. Direito real de uso. Função social da propriedade.

¹ Aluna do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. O presente artigo é fruto de pesquisa para desenvolvimento do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito, no semestre 2017-2. E-mail: lorenamendesfreitas@yahoo.com.br.

² Mestre em Direito. Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI.

1. Introdução

O objetivo da presente pesquisa é fazer um estudo científico sobre a Concessão de Direito Real de Uso para Regularização de Áreas Públicas Favelizadas que não podem ser objeto da Usucapião. O problema central da pesquisa é analisar a questão de como regularizar as áreas públicas, haja vista que estas áreas não podem ser usucapidas, além de verificar a possibilidade jurídica de regularizá-las através do direito real de uso para fins de moradia, cumprindo, destarte, a função social da propriedade.

O estudo desse tema é fundamental, visto que é crescente o problema da falta de moradia digna e regular do contingente de famílias que habita em áreas públicas favelizadas sem a adequada infraestrutura básica, o que tem desencadeado diversos outros problemas sociais nos grandes centros urbanos. Por isso, faz-se tão necessária a discussão de forma legal para regularização das referidas áreas, assegurando o direito constitucional de moradia a todo cidadão.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho é de caráter exploratório e descritivo, envolvendo a revisão de literatura, a fim de analisar, à luz de conceitos e institutos jurídicos, como que podemos regularizar as áreas públicas favelizadas, cerne do nosso estudo. É realizado um Estudo de Caso apresentando o caso da área conhecida como Assentamento do Glória, no Município de Uberlândia, MG, na BR 50.

O artigo é estruturado em duas partes. Na primeira parte são abordados aspectos gerais do tema: conceitos e princípios do direito real, direito de propriedade, função social da propriedade urbana, áreas públicas favelizadas e direito de moradia. Na segunda parte, analisamos o direito real de uso para fins especiais de moradia e toda legislação correspondente, bem como o caso da Invasão do Glória.

2. Direito real

O direito real é o ramo estudado no âmbito do direito civil que disciplina a relação dos homens com as coisas apropriáveis e as relações com interesses econômicos patrimoniais. Conceitua-nos o doutrinador Clóvis Beviláqua (2007, p. 1) que, os direitos reais são “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem.” Os direitos reais versam sobre o direito de propriedade e os demais direitos que são desdobramentos dos poderes dominiais, como direitos de fruição, garantia e aquisição.

Mister se faz nesta pesquisa, entender a propriedade privada e o direito real de uso, pois é sobre estes dois institutos que vamos ampliar a discussão, referindo-nos à regularização das áreas públicas favelizadas. O direito real, contemplado no Livro III do Código Civil Brasileiro de 2002, a partir do título II, traz em seu artigo 1.225 o rol taxativo de todos os direitos reais, consoante o aspecto legal, ou seja, somente a lei pode criar direitos reais que são classificados como *numerus clausus*.

Em destaque, preleciona Darcy Bessone (1.988 p. 10) (*in verbis*) “deve-se ter em vista que, destinando-se o direito real a operar contra todos, não deve ter origem apenas na vontade das partes, recomendando-se, por isso mesmo, que tenha base legal.”

2.1. Direito de propriedade

A noção de propriedade individual imobiliária, segundo alguns estudiosos, teve seu início com a Lei das XII Tábuas - *Lex Duodecim Tabularum ou simplesmente Duodecim Tabulae*, e foi-se desenvolvendo em uma inter-relação com a religião e a formação familiar que culminam na formação da sociedade e no desenvolvimento econômico da população. Assim, o direito de propriedade evoluiu até se efetivar em princípio constitucionalmente garantido.

Oportuno dizer que o direito de propriedade previsto no Artigo 5º, XXII e XXXII da Constituição Federal Brasileira, é um direito fundamental do homem e foi consagrado também na Declaração dos Direitos Humanos, artigo 17. Assevera o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo (2010, p. 83), de maneira elucidativa, que é possível definir o conceito de direito de propriedade “de forma sintética pelos seus elementos intrínsecos e extrínsecos como sendo o poder de senhoria que uma pessoa exerce sobre uma coisa, dela excluindo qualquer ingerência de terceiros”.

Nessa instância, entendemos que a propriedade é um direito subjetivo, absoluto, pois ele é oponível aos todos; é dinâmico, pois pode ser desmembrado em poderes dominiais a terceiros, gerando direitos reais sobre a coisa alheia; o direito de propriedade também não se extingue pelo não-uso, porém não mais como em tempos passados, deixou de ser ilimitado e passa ter limites de ordem constitucional, pois ele deverá cumprir a função social.

2.2. Função social da propriedade

Com o crescimento populacional, a industrialização e a crise econômica mundial, aumentaram os níveis de desigualdades sociais, fazendo-se oportuno e necessário o cumprimento da função social da propriedade, o uso adequado da terra, a melhor distribuição de riquezas, constituindo-se esse o nosso desafio para o século XXI. Infere-se que a função social da propriedade tem o papel de amenizar as injustiças sociais e as desigualdades econômicas, limitando o direito individualista de propriedade em prol do interesse coletivo que se apresenta acima dos interesses particulares.

Historicamente, as injustiças sociais são resultado de uma péssima distribuição de renda, recursos, terras e propriedades. A elite dominante dos latifundiários, os grandes empresários, loteadores urbanos, não tiveram e nem possuem interesse na distribuição mais justa das riquezas, ou de oferecer meios de minimizar as desigualdades e oferecer condições justas para a grande camada marginalizada da sociedade que sofre com a concentração abusiva de renda nas mãos de poucos. Quando se fala em Função Social da Propriedade, a intenção não é limitar os direitos do proprietário na utilização de fato da coisa, mas de se garantir que a propriedade exerça realmente a sua total capacidade produtiva.

Segundo palavras do Desembargador Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a função social da propriedade em seu aspecto funcional (*in verbis*):

Trata-se do papel que a propriedade desempenha nas relações jurídicas, econômicas e sociais, representado pelo aspecto dinâmico. Adverte-se que surge nova concepção da propriedade que, apesar de continuar como direito subjetivo individual e de natureza privada, deve ser exercida de modo tal que seu titular utilize a coisa objeto do direito sem impor sacrifício ao maior número de outras pessoas. (GAMA,2011, p. 228).

Infere-se que o objeto da propriedade são bens corpóreos que podem ser imóveis, móveis e semoventes. Para nossa pesquisa, restringimo-nos aos bens imóveis urbanos, pois a regularização das áreas públicas favelizadas são imóveis urbanos destinados à moradia. Desse modo, passamos a tratar da função social da propriedade Imóvel Urbana.

2.3. Função social da propriedade imóvel urbana

Diante da crescente urbanização ocorrida nos últimos anos e generalizada no mundo, os governos começaram a editar leis de uso e ocupação dos solos urbanos para que se pudesse oferecer moradia digna para todos. Nossa Constituição de 1.988 elucida nos artigos 182 e 183 a política urbana, ordenando que o Poder Público Municipal realize uma política de desenvolvimento urbano com pleno equilíbrio das funções sociais da comunidade. Assim, todas as cidades com mais de vinte mil habitantes deverão sancionar o Plano Diretor do município que irá definir regras claras de utilização do solo urbano, a fim de propiciar o correto aproveitamento.

Referindo-nos ao município de Uberlândia, o Estatuto da Cidade traz importantes sanções ao descumprimento da Função Social da propriedade Urbana, como a possibilidade de cobrança progressiva do imposto territorial urbano (IPTU), a usucapião coletiva para pessoas de baixa renda com posse de cinco anos e finalidade de moradia, entre tantas outras disposições.

Grandes latifundiários iniciaram loteamento de suas propriedades, na medida em que as cidades foram crescendo e avançando em suas terras e, a maioria deles, loteou suas grandes glebas urbanas em pequenos lotes, vendendo-os para a população, porém reservavam muitos dos mesmos para valorização imobiliária, não exercendo a função social da propriedade. Como sanção, muitas cidades adotaram o IPTU progressivo a estes abusos que provocam vazios urbanos e alta valorização, dificultando à comunidade de baixa renda em adquirir moradia digna.

Exemplificando a referida sanção, tramita na Câmara do município de Uberlândia a discussão do projeto de Lei Complementar nº 08/2017, que deverá ser votado ainda este ano de 2017, com a finalidade de alterar a Lei Complementar nº 521 de 16 de fevereiro de 2011. O referido projeto dispõe sobre o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, em regulamentação ao Artigo 47 da Lei Complementar nº 432 de 19 de outubro de 2006, que aprova o Plano Diretor em nosso município. De forma sucinta, pretende o Prefeito combater os grandes vazios no interior do perímetro urbano que dificultam a mobilidade e dão ensejo à especulação imobiliária e periferização, situações contrárias à função social da propriedade.

Por outro lado, o Estatuto da Cidade Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, é responsável por estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, sendo o IPTU Progressivo um dos institutos tributários e financeiros utilizado sem detrimento ao descumprimento das condições e prazos impostos ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, para majorar a alíquota do IPTU pelo prazo de cinco anos consecutivos, ao limite máximo de quinze por cento até que o imóvel cumpra a sua função social.

Nesta linha, há uma preocupação das autoridades em geral no sentido de garantirem que a propriedade cumpra a função social para que, principalmente nos centros urbanos, seja possível o cumprimento do direito de moradia digna a todos. Compreende-se que para regularização das áreas públicas favelizadas leva-se em conta o princípio da função social da propriedade urbana, entre outros institutos legais.

2.4. As formas de aquisição da propriedade de bens imóveis

Existem algumas formas de aquisição da propriedade imóvel em nosso ordenamento jurídico. São elas: Usucapião, registro de imóveis, acessão e por fim aquisição pelo direito hereditário. É de interesse de nosso estudo enfatizar o modo de aquisição por usucapião para entendermos o que exigem suas normas e porque não se aplicam às áreas públicas favelizadas e no modo de aquisição por registro público.

A usucapião é a forma de adquirir a propriedade pelo uso continuado, com caráter de possuidor por período prolongado. A principal função deste instituto é amenizar as desigualdades sociais, ressignificar a distribuição de riquezas e proteger a função social da propriedade. A usucapião, neste sentido, é uma forma originária de aquisição de imóveis prevista em lei, conquanto existam requisitos a serem cumpridos para concretização do instituto.

Quanto à usucapião de bens imóveis, temos os seguintes tipos: usucapião ordinário previsto no artigo 1.242, do Código Civil; usucapião constitucional ou especial urbana *pro misero*, artigo 183, da Constituição Federal, artigo 1.240, do Código Civil e artigo 9º, da Lei 10.257/2001; usucapião extraordinária, prevista no artigo 1.238, do Código Civil; usucapião constitucional ou especial urbana por abandono do lar e usucapião especial urbana coletiva.

Todas essas modalidades da usucapião são possibilidades de regularização de situações de moradia irregulares. Entretanto, para usucapir, os imóveis devem ser particulares, haja vista que o instituto em questão corresponde às áreas públicas. Como bem pontua o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo (*in verbis*):

A regra é a de que todos os bens apropriáveis são aptos para serem usucapidos, mas isto não se aplica para os bens públicos. A proibição consta no parágrafo terceiro do Artigo 183 e no parágrafo único do Artigo 191 da Constituição da República. Para as prescrições aquisitivas antigas, importante lembrar que a vetusta Súmula 340 do STF estabelece que desde a edição do Código Civil de 1.916 não cabia usucapião de bens públicos. A mesma diretriz é encontrada no Decreto 22.785/33 e no Decreto-lei 9.760/46 e consideram-se bens

públicos todos aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno, sendo todos os outros particulares (artigo 98, CCB). (MELO, 2010, p. 110).

Em consequência, a regularização das áreas públicas favelizadas, cerne de nosso estudo, não pode se dar pela modalidade de aquisição de imóveis da usucapião.

Registro Público: outra forma de aquisição da propriedade imóvel é pelo registro em Cartório Imobiliário, através de títulos entre vivos, como contrato de compra e venda, por exemplo, ou instrumento particular de doação, ou ainda por títulos judiciais, sendo assim possível registrar novo proprietário do bem imóvel. O registro no sistema brasileiro está regulamentado pelo Código Civil, mas, principalmente na Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973.

Para a pesquisa em questão, a forma de regularizar as moradias das famílias que residem em áreas públicas favelizadas e que não podem ser usucapidas é, então, por registro público, mas como conseguir o título aquisitivo para registro público, é o cerne da pesquisa.

2.5. Áreas públicas favelizadas

Todos os bens públicos corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, direitos e ações, pertencem às autarquias, fundações, empresas ou entidades estatais. Todos os bens são nacionais, porém pertencem a cada entidade pública que os adquire na esfera federal, estadual ou municipal. Delimitamos nosso estudo às áreas públicas pertencentes a qualquer órgão da federação, ou seja, áreas imensas pertencentes aos centros urbanos que não eram utilizados pelo governo e foram sendo ocupadas por população de baixa renda com fins de moradia.

Nesta conjuntura, os bens públicos estão elencados nos artigos 98 a 103, do Código Civil, e se dividem de acordo com sua destinação como bens de uso comum do povo, como: estrada e praias; bens dominiais, que estão à disposição do patrimônio da entidade pública estatal para qualquer uso, na forma que a lei autorizar, são bens patrimoniais disponíveis (as áreas públicas se enquadram como bem público dominial ou patrimonial disponível); por fim, temos os bens de uso especial que são, por exemplo, os veículos da administração considerados como bens patrimoniais indisponíveis.

Cabe-nos enfatizar que os bens públicos possuem, como características, a inalienabilidade, art. 100, do Código Civil, isto é não podem ser vendidos, exceto os bens dominiais de acordo com a lei. São impenhoráveis, imprescritíveis, conforme Artigo nº 102 do Código Civil, bens públicos não onerosos, isto é não podem ser agravados com o direito real de garantia para terceiros. Todas essas características garantem que as necessidades coletivas sejam supridas pelo Estado.

Em tal congruência, as áreas públicas localizadas dentro das cidades foram ocupadas por população de baixa renda e utilizadas para moradia de forma irregular, visto que os moradores não possuem títulos de propriedade, por razões que já descrevemos. Esses espaços abrigam as pessoas de forma precária, por serem ocupados desordenadamente, sem observância de leis vigentes e padrões mínimos de normas de edificação e uso de solo. Ademais, a densificação de moradias é alta, o que também dificulta a padronização do espaço por família, sendo, no entanto, a única alternativa para essa população carente.

Trata-se de loteamentos clandestinos, formados por “barracos”, formando um conjunto habitacional conhecido como “favela”.

Entrementes, a falta da legalização da área e, por consequência, das moradias individuais, dificulta e até impede o governo de criar políticas públicas para implantação de infraestrutura mínima necessária, como saneamento básico, água encanada, energia elétrica, acesso à saúde e educação com construções de creches e postos de saúde para essa população de tantas necessidades latentes. Portanto, é premente a legalização dessas áreas, tendo-se em vista que, com a regularização das moradias para a população carente nessas favelas, trará ao Estado obrigação e permissão para a implementação de infraestrutura necessária.

O cuidado do Estado com a implementação de políticas públicas sociais pode contribuir para melhor qualidade de vida dessa população nas favelas. Nessa contingência, o crescimento desordenado das cidades, conhecido como macrocefalia urbana, deu-se principalmente pela industrialização e desenvolvimento de novas tecnologias, ocasionando a migração rural para os grandes centros urbanos em busca de maiores oportunidades de emprego e de melhor qualidade de vida.

2.6. Direito à moradia

Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecida no ano de 1948, o direito à moradia tornou-se um direito fundamental. O Brasil é signatário desse tratado, e como em todos os demais tratados internacionais assinados pelo Estado brasileiro, é de cumprimento obrigatório, visto que possui força legal. Nesta linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagra no Artigo XXV: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

Nessa esteira, em 1996, o Brasil também assinou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reconhece o direito de moradia como direito fundamental do homem. Este tratado foi promulgado pelo Brasil através do decreto nº 591 de 06 de julho de 1992, no art. 11, que estabelece:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive a alimentação, vestimenta e moradia adequados, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo nesse sentido a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Em nossa Constituição Federal de 1988 consta, de forma sucinta, o direito à moradia, ao afirmar em seu artigo 7º, inciso IV, que o salário mínimo deveria suprir as necessidades básicas do indivíduo e sua família, nelas implícito o direito a moradia. A Carta Magna em seu artigo 23 e inciso IX, determina como competência comum da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, a promoção de políticas públicas com programas de construção de moradias.

Entretanto, foi com a Emenda Constitucional nº 26, em 14 de fevereiro de 2000 que, de forma clara, o direito a moradia passou a ser constitucionalmente explícito. Inferiu-se ser impossível assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana sem garantir o direito de moradia, uma casa com requisitos mínimos de infraestrutura e saneamento básico para sobrevivência de uma família.

Neste sentido, em seu art. 6º, *caput*, a Carta Régia traz: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.”

Determinada constitucionalmente, como a literatura nos demonstrou, a discussão do direito à moradia é de validade e de eficácia da norma, pois com a inclusão desse direito ao rol dos direitos sociais fundamentais do ser humano, aquele direito passa a ter aplicabilidade imediata, conforme art. 5º, §1º, da Constituição Federal.

O desafio dos governos consiste em como de fato implementar e garantir o direito de moradia a todas as famílias, considerando-se que a falta da mesma, principalmente para a população de baixa renda, e a desigualdade de distribuição de renda, têm origem histórica e ausência de políticas públicas que sempre se voltaram para interesses econômicos individuais das classes dominantes.

Destarte, o direito à moradia é complexo, e abrange muito além do direito da casa própria, envolvendo ainda a qualidade de vida, dignidade da pessoa humana, além de requerer condições mínimas e adequadas de higiene e conforto. Porém, embora se entendam estas imposições emergenciais e deveres estatais, o governo justifica o pouco investimento no princípio legal da reserva do possível, ou seja, as políticas públicas de incentivo à moradia são limitadas pela disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários.

Assim, o direito econômico passa a ser pressuposto para a efetivação dos direitos sociais. Entretanto, a doutrina majoritária rebate a justificativa dos governos, pois não se pode admitir o aumento da miséria, das péssimas condições humanas de sobrevivência, do aumento diário de pessoas sem moradia, simplesmente pela justificativa da reserva do possível, uma inaceitável a inércia dos entes públicos.

Diante do crescente problema de falta de moradia, principalmente nos grandes centros urbanos, e por se tratar de direito fundamental e constitucional, urge uma discussão e o estudo da regularização das áreas públicas favelizadas, como uma das formas de amenizar este problema da população.

3. Regularização das áreas públicas favelizadas

O objetivo dessa pesquisa é discutir se, através da Concessão Real de Uso, é possível regularizar as áreas públicas, garantindo o direito de moradia a todos. Vimos que, por força do art. 183, § 3º e no parágrafo único do art. 191, da Constituição Federal de 1988, não é possível que os bens públicos sejam usucapidos. Portanto, o instituto jurídico da Concessão Real de Uso e a Concessão real para fins Especiais de Moradia são os instrumentos jurídicos para regularizar a moradia de centenas de famílias que habitam em áreas públicas irregulares. E como já discutimos anteriormente, estes institutos garantem que a propriedade cumpra a sua função social e também que seja cumprido e

garantido o direito à moradia a todos, conforme vimos que se trata de direito constitucionalmente previsto. Como exemplo prático, torna-se oportuno analisar o caso da Invasão do Glória que ocorre em nosso Município.

A invasão da Fazenda do Glória, localizada à margem direita da Rodovia BR-050 no sentido Uberlândia-Uberaba, na zona sul da cidade, pertencente à Universidade Federal de Uberlândia, ou seja, área pública de propriedade da União, com uma extensão de 64ha,02 a, 46ca, foi ocupada a partir de janeiro de 2012 por mais de duas mil famílias pertencentes ao movimento social Sem Teto.

O processo de reintegração de posse e regularização da área tramita na 2ª Vara da Subseção Judiciária Federal, sob o nº 35213.51.2014.4.01.3803. Trata-se de um processo bastante minucioso, uma vez que estamos nos referindo a mais de duas mil e trezentas famílias habitando na área. O processo foi movido pela Universidade Federal de Uberlândia em desfavor do movimento dos Sem Teto do Brasil.

Segundo informações constantes dos autos, os dados da ocupação da Fazenda do Glória são: duas mil trezentos e cinquenta famílias; aproximadamente cinco mil crianças de um a cinco anos de idade; quinze mil pessoas; noventa e cinco por cento das casas de alvenaria, sendo todas com mais de 60m² de construção; quinze igrejas, sendo uma católica e as outras evangélicas; trinta e dois estabelecimentos comerciais como pastelaria, mercearias, padarias, restaurantes e bares.

Uma das soluções levantadas durante o processo foi a alienação da área através do Decreto de 12 de agosto de 2014 (DOU Nº 154, SEÇÃO 1, p. 8 e 9). Por meio dele, foi concedida autorização legislativa à Universidade de Uberlândia para alienar, mediante contrato de compra e venda, o imóvel em questão pertencente ao seu patrimônio. A alienação deveria ocorrer segundo procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, sendo dispensada a licitação. Todo recurso da venda deveria ser utilizado integralmente nos Campos da Universidade Federal de Uberlândia.

A polícia militar também apresentou relatório, solicitado pelo juiz, informando que, para cumprir a reintegração de Posse, a ação contra as muitas famílias que ali estavam custaria, aproximadamente, sete milhões de reais e resultaria em muitas mortes. Neste sentido, a Polícia Militar solicitou Unidades de Atendimento Integrado – UAIs, com leitos e médicos à disposição, e também alas do Hospital de Clínicas da UFU, inclusive do Setor de Queimados e leitos na UTI.

Portanto, a desocupação forçada protagonizaria crime contra a humanidade, pela possibilidade de muitas mortes, lesões físicas graves e prejuízos materiais, morais e sociais para milhares de pessoas. Esta consequência, nem Universidade e nem os governos da União, Estado e municípios gostariam de promover tal tragédia. Ademais, estes entes públicos são responsáveis por efetivar o direito de moradia constitucionalmente garantido a todos, bem como cumprir a função social da propriedade.

Nesta contingência, a Comissão responsável da Universidade formulou uma proposta do Projeto de Urbanização e desenvolvimento sustentável para aquela comunidade, com o objetivo da regularização fundiária da Fazenda do Glória, permitindo moradia digna e regular a todos as famílias. A Universidade mostrou-se disposta a negociar a área, porém sem ceder gratuitamente o seu patrimônio, requerendo, neste caso, o valor em espécie da área ou a permuta por outras áreas de igual valor. Para tanto, apresentou, nos autos, listas das áreas da União e do Município passíveis de permuta.

Nesse ínterim, vários laudos, memoriais, projetos e propostas foram apresentados e discutidos, porém a solução definitiva para finalizar esse impasse pode ser a nova Lei nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana que discutiremos nessa pesquisa. Como se trata de área pública, portanto impossibilitada de se tornar usucapida, e também com a Concessão de Uso Especial de Moradia, os ocupantes teriam o direito de habitar, mas sem o título de propriedade. Todavia, com a referida Lei, os moradores têm a possibilidade e o direito de regularizar as suas moradias, além de obterem o título de propriedade, pondo fim ao processo e garantindo direito constitucional de moradia a essas famílias.

O direito real de uso e o direito real com fins especiais de moradia permitem o uso para moradia, mas não fornece o título de propriedade do imóvel, porquanto não havia ferramenta jurídica regulamentadora desse título de propriedade pública até junho do corrente ano, quando foi promulgada a Lei nº 13.465/2017. A partir de então, houve regularização de áreas públicas favelizadas, permitindo, além do direito ao uso que já era possível pela Concessão de direito real de uso e pela Concessão de Uso Especial para fins de moradia, a possibilidade de os ocupantes de áreas públicas irregulares adquirirem o título de propriedade. Foi um grande avanço na efetivação do direito de Moradia e no cumprimento da Função Social da Propriedade e um possível “caminho” para a resolução do caso da “Invasão do Glória”.

Para entendermos melhor como será possível a regularização, analisamos o instituto do Direito Real de Uso, o instituto do direito real que permite a fruição de terrenos públicos ou particulares. Delimitamos nosso estudo às áreas públicas, a título oneroso ou gratuito, em que sua utilização tenha interesse social, haja vista que, normalmente, é concedido pelos entes públicos o direito real de uso para urbanização, industrialização, cultivo de terras e agora, para habitação.

O nobre jurista e Professor Hely Lopes Meireles conceitua o direito real de uso como (*in verbis*):

[...] o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social. (MEIRELES, 2010. p 432-433).

A concessão de direito real de uso exige forma válida, sendo necessário o registro no Cartório de Registro de Imóveis, conforme art. 167, I, nº 40, da Lei nº 6.015/1973. O direito real de uso pode ser transferido para herdeiros, salvo determinação contrária. O instituto da Concessão de Direito Real de Uso foi regulamentado pelo Decreto Lei nº 271/1967, com fins específicos de urbanização e interesse social, também regulado pelo Código Civil, art. 1.225, inciso XII, por força da Lei 11.485/2007.

O concessionário será responsável por todos os encargos que incidirem sobre o imóvel, inclusive despesas de conservação e manutenção e fica responsável por toda administração do terreno. O direito real de uso extingue-se pelo descumprimento da finalidade que foi concedida, pelo perecimento do objeto, pelo término do prazo.

3.1. Direitos reais de uso para fins especiais de moradia

Para regularizar as áreas públicas favelizadas, visto a crescente necessidade nos centros urbanos de moradia, e ao número elevado dessas áreas ocupadas por famílias com baixas condições financeiras, foi acrescido o instituto da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, com a finalidade de regularizar as áreas públicas favelizadas. A Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007 regulamentou os dispositivos constitucionais que garantem o direito à moradia, previstos nos art. 6º e 183, § 1º, da Constituição Federal.

Faz-se oportuno ressaltar que, essa prerrogativa é concedida uma única vez e só ocorre em bens públicos sendo necessário que seja lavrada no Cartório de Registro de Imóveis, conforme art. 1.227 do Código Civil, enfatizando-se que a destinação da Concessão é exclusivamente para moradia. Urge saber, entretanto, que o instituto tem como objetivo regularizar situações jurídicas já consolidadas há muitos anos, que são as conhecidas “invasões” que recebem o nome de favelas, ou seja, a população de baixa renda ocupa áreas públicas, constroem casas muito precárias e habitam nessas áreas. Entretanto, é de extrema importância a regularização dessas moradias, visto que, por se tratarem de bens públicos, os moradores não podem usucapir e, sem regularização, o governo não aplica políticas públicas e infraestruturas urbanas necessárias como saúde, escola, saneamento básico entre outras políticas públicas sociais que fazem muita diferença para estas famílias.

A Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, art. 1º, *caput*, estabelece a concessão em epígrafe para o indivíduo ou família que até 30 de junho de 2001, tenha exercido posse para moradia contínua por cinco anos, em espaço compreendido em até duzentos e cinquenta metros quadrados. É essencial que o beneficiário não seja proprietário de qualquer outro imóvel, pois a finalidade da Lei é garantir o direito de moradia à classe social economicamente necessitada. Ato contínuo, assim como no Direito Real de Uso, nessa concessão especial para fins de moradia o direito à posse da residência é transferido aos herdeiros legítimos, desde que aquele já resida no imóvel na abertura da sucessão.

Nessa circunstância, a referida Medida Provisória traz em seu bojo o art. 5º:

É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os Artigos 1º e 2º em outro local de hipótese de ocupação de imóvel: I – de uso comum do povo; II – destinado a projeto de urbanização; III – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV – reservado à construção de represas e obras congêneres.

Inferre-se que o Poder Público tem a faculdade, motivada pelo interesse público, em intervir no direito real de concessão para uso especial de moradia, alterando, para tanto, a área pública em questão, desde que a justificativa realmente seja pautada no interesse público, evitando que os governos encaminhem essa população carente para áreas periféricas locais.

A concessão real de uso, bem como a concessão real de uso para fins especiais de moradia são importantes institutos que regularizam as áreas públicas favelizadas, pois permitem ao particular que utilize imóveis públicos com a finalidade de habitação, porém não fornecem o título de propriedade.

3.2. Legitimação fundiária através da Medida Provisória nº 759/2016

A regularização fundiária é um instituto de extrema necessidade em nosso país como ferramenta fundamental para garantir o direito a moradia digna e garantir o cumprimento da função social da propriedade. Então, vislumbrando o objetivo da regularização desse instituto, foi editada em dezembro de 2016 a Medida Provisória nº 759, que tratou da positivação do direito real de laje e também da legitimação fundiária. Neste estudo, delimitamos a analisar a regularização das áreas públicas.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito e nossas leis já foram estabelecidas e codificadas. Entretanto, enquanto sociedade viva, a dinâmica do organismo vai se alterando, necessitando que o direito e as leis também sofram alterações para satisfazer as novas necessidades da população. O Brasil hoje sofre um grande problema de política urbana com a falta de moradia digna, oriundo da industrialização e do êxodo rural, e que tem se agravado com a crise econômica, política e institucional, pois muitos trabalhadores que antes conseguiam pagar sua moradia perderam os empregos e passaram também a engrossar o número de pessoas vivendo em favelas.

O último Censo Demográfico divulgado pelo IBGE trouxe alguns dados do que o órgão chama de aglomerado subnormais, nomenclatura que engloba assentamentos irregulares no País como favelas, invasões, baixadas, comunidades, entre outros tantos nomes.

Esses números são muito importantes para a definição de novas políticas públicas, investimentos e até mesmo a necessidade de regulamentação pelo direito de novas situações. Os resultados desse último Censo Demográfico foram divulgados em novembro de 2010 com informações sobre domicílios recenseados, sendo que em abril de 2011 o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgou a Sinopse do Censo Demográfico, comprovando, entre tantas outras coisas, o aumento de número de famílias morando em favelas, uma dessas áreas irregulares. Por isso, a tão crescente necessidade de um dispositivo legal para a regularização das áreas.

Neste último Censo de 2010 foi averiguado que 11.425.644 pessoas residem em domicílios irregulares, subnormais em todo Brasil, equivalendo a mais de 5% de toda população brasileira. Diante da situação fática, centenas de famílias, habitando áreas urbanas com condições sub-humanas, irregulares, pois não possuem a propriedade destas áreas, visto que não foi feito o devido loteamento urbano e a aquisição do imóvel por escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Para tentar amenizar o problema das áreas públicas irregulares, foi criada a Concessão de Uso Especial para fins especiais de Moradia. Entretanto, este instituto como já mencionamos, concede o uso, porém não fornece título de propriedade para registro em Cartório próprio. Assim, a Medida Provisória nº 759/2016 tem, como objetivo, a solução do problema através da regularização fundiária, como instrumento legal para realizar o reconhecimento da propriedade destes imóveis a estes indivíduos.

Como foi discutido nesse trabalho, é sabido que toda propriedade precisa cumprir a função social e, também, que o Estado precisa garantir a todos o direito social fundamental a moradia e um dos instrumentos jurídicos que viabilizou a regularização fundiária foi a Medida Provisória nº 759/2016.

Faz-se necessário citar a definição que a lei traz do que é regularização fundiária, o art. 46 da Lei nº 11.977 de 2009, que foi a conversão da Medida Provisória nº 459 que criou e regulamentou o programa Minha Casa, Minha Vida do governo e disciplinou a regularização fundiária de assentamentos urbanos diz:

Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e a título de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrada.

Porém, em dezembro de 2016, com a Medida Provisória nº 759/2016, passaram a vigorar as regras da regularização fundiária em áreas urbanas e rurais, revogando todos os dispositivos do mesmo assunto da Lei nº 11.977/2009. O artigo 8º da Medida Provisória nº 759 passou então a definir o que é Regularização Fundiária:

Artigo 8º - Ficam instituídas normas gerais e procedimentais aplicáveis no território nacional à Regularização Fundiária Urbana – Reurb, a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de núcleos urbanos informais.

Parágrafo único: Os poderes públicos formularam e desenvolveram no espaço urbano os políticos de suas competências de acordo com os princípios de competitividade, sustentabilidade econômica, social e ambiental, ordenação territorial, eficiência energética e complexidade funcional, buscando que o solo se ocupe de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.

É importante ressaltar o que é a Medida Provisória nº 759/2016, que pela primeira vez regulamenta o instituto da legitimação fundiária no direito brasileiro, pois a Lei 11.977/2009 apenas regulamentava a legitimação da posse nessa Medida. Legitimação Fundiária é a forma originária de aquisição do direito real de propriedade e é conferida por ato discricionário do Poder Público àquele que possua como sua, área pública ou privada.

3.3. Regularização fundiária urbana – a nova Lei nº 13.465/2017

Em 11 de julho de 2017 foi publicada a Lei nº 13.465, esta lei dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos dos

assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal: instituem mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, esta lei também e a conversão da Medida Provisória nº 759 de 2016. Para esta pesquisa, vamos nos restringir a analisar apenas a Regularização Fundiária Urbana, por ser tratar do instrumento jurídico atual para regularização das áreas públicas favelizadas que não podem ser objetos de usucapião.

Nesta linha, o objetivo da lei foi definir regras para a regularização fundiária, pois é grande o número de famílias que habitam em imóveis irregulares e por isso são privadas de muitos benefícios urbanos como água encanada, esgoto, benfeitorias e políticas sociais, além de não possuírem o título de propriedade. A lei tenta simplificar a procedimento da regularização fundiária urbana, tornando um pouco menos burocrático o processo e ampliando o acesso a população de baixa renda, através da gratuidade do registro, de ato único de registro para a Legitimação Fundiária, a Legitimação de Posse entre outros.

A Lei nº 13.465/2017, em seu art. 1º, inciso II, muda a nomenclatura de assentamento irregular para núcleo urbano informal, contemplando também os núcleos clandestinos irregulares e traz no artigo 9º, parágrafo 2º, a regra de que a regularização fundiária urbana promovida mediante legitimação fundiária somente será aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes até 22 de dezembro de 2016.

Também foi dada aos municípios a competência para determinar qual a modalidade de regularização, se de interesse social ou de interesse específico. A Reurb de interesse social (Reurb-S) é a regularização fundiária destinada aos núcleos urbanos informais que são predominantemente compostos por população de baixa renda, e a Reurb de interesse específico (Reurb-E), é aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população que é classificada financeiramente em classes econômicas melhores, conforme previsão no artigo 13, incisos I e II da referida lei.

Outrossim, essa classificação nas duas modalidades de regularização fundiária urbana é necessária, pois a Reurb de interesse social tem previsão para sua real efetivação, visto que são ocupações por população de baixa renda, a gratuidade em todos os atos cartoriais necessários, inclusive da primeira averbação da casa na matrícula, desde que seja respeitada a planta popular com limite de até setenta metros. A classificação de modalidades visa também identificar quem será o responsável pela implantação da infraestrutura básica e, no caso da regularização fundiária de interesse social, serão os entes públicos.

No âmbito da temática desta pesquisa, a Concessão de Direito Real de Uso para regularização de áreas públicas favelizadas, foi um avanço significativo, pois é um instrumento jurídico válido e muito usado para regularizar as áreas públicas favelizadas. Contudo, não viabilizava o título de propriedade para os moradores. Nessa conjuntura, a Lei 13.465/2017 trouxe a possibilidade do título de propriedade para ocupantes, seguindo alguns requisitos e desburocratizando o processo da Reurb de interesse social. Em nossa pesquisa, teremos em foco sempre a referida Reurb.

Vale destacar alguns objetivos da Reurb que devem ser observados pela União, Distrito Federal e Municípios como: a identificação e organização dos núcleos urbanos informais que precisam ser regularizados; garantia a prestação de serviços públicos aos moradores de forma a melhorar as condições urbanísticas; constituir direitos reais aos moradores; aumentar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda; sempre priorizar que os ocupantes permaneçam no próprio núcleo informal; estimular a resolução extrajudicial de conflitos; garantir o direito social de moradia digna; garantir a

função social da propriedade; garantir o bem-estar de seus habitantes; concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e uso do solo e por fim franquear a participação dos ocupantes no processo de regularização fundiária, lembrando que estes objetivos estão regulados no artigo 10, da lei 13.465/2017.

Para de fato iniciar a regularização das áreas irregulares, existe um processo na que visa a preparação da matrícula dessas áreas para que, posteriormente, seja registrado o projeto finalizado com as unidades individualizadas e, o primeiro passo, é a identificação das áreas irregulares e a posterior demarcação urbanística.

A demarcação urbanística, já trazida pela Lei 11.977/2009, obteve maior aplicabilidade prática e foi conceituada no artigo 11, inciso IV:

Demarcação urbanística é um procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, culminando com averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do município.

Portanto, caberá ao próprio poder público o procedimento de notificação dos titulares e os confrontantes da área demarcada e não mais aos cartórios de registro. Tanto o proprietário, quanto os confrontantes, caso não concordem, terão o prazo de trinta dias para impugnar, conforme o artigo 20 da referida lei. Essa modificação trouxe independência aos entes públicos e agilidade, ao procedimento.

Caso o proprietário e os confrontantes não se manifestem com a notificação da demarcação que contempla toda descrição da área demarcada, será interpretado como concordância ao artigo 20 da Lei 11.977/2009. Decorrido o prazo sem impugnação ou caso superada a oposição ao procedimento, a demarcação urbanística será encaminhada para registro nas matrículas abrangidas, conforme artigo 22.

Dando continuidade ao procedimento de regularização de áreas urbanas, temos o projeto de regularização fundiária e a Certidão de regularização Fundiária (CRF). Como é necessário que o projeto seja aprovado pelo órgão ambiental, a Lei nº 13.465/2017 cria a Certidão de Regularização Fundiária que está ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo à sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos, ou seja, a Certidão de Regularização Fundiária é a última fase de aprovação do projeto de regularização fundiária.

O Capítulo III, na Seção II da lei 13.465/2017, regulamenta a partir do artigo 35, o projeto de Regularização Fundiária de forma precisa, inclusive complementando algumas lacunas em relação ao conteúdo do projeto na época de vigência da Lei 11.977/2009.

Art. 35. O projeto de regularização fundiária conterà, no mínimo: I - levantamento planialtimétrico e cadastral, com georeferenciamento, subscrito por profissional competente,

acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), que demonstrará as unidades, as construções, o sistema viário, as áreas públicas, os acidentes geográficos e os demais elementos caracterizadores do núcleo a ser regularizado; II - planta do perímetro do núcleo urbano informal com demonstração das matrículas ou transcrições atingidas, quando for possível; III - estudo preliminar das desconformidades e da situação jurídica, urbanística e ambiental; IV - projeto urbanístico; V - memoriais descritivos; VI - proposta de soluções para questões ambientais, urbanísticas e de reassentamento dos ocupantes, quando for o caso; VII - estudo técnico para situação de risco, quando for o caso, VIII - estudo técnico ambiental para os fins previstos nessa lei, quando for o caso, IX - cronograma físico de serviços implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, cronograma físico definido no inciso IX deste artigo” Cabe ainda ressaltar que o projeto de regularização fundiária obviamente deve considerar as características peculiares de cada ocupação.

A Lei também define de forma clara e precisa o que deve no mínimo conter no projeto urbanístico e, dentre tantos aspectos, cabe-nos destacar: indicações das obras de infraestruturas essenciais como abastecimento coletivo e individual de água potável, tratamento de esgoto sanitário, energia elétrica domiciliar. A Reurb poderá ser implantada por etapas e, se ela envolver áreas de riscos que não puderem ser sanadas ou corrigidas, os entes públicos deverão realocar os ocupantes para outro núcleo urbano informal regularizado.

São legitimados para requerer a Regularização Fundiária urbana todos os entes da federação diretamente ou por suas entidades da administração pública indireta, os ocupantes beneficiários ou cooperativas e associações que os representem ou tenham, por finalidade, atividades nas áreas de desenvolvimento urbano; os próprios proprietários dos imóveis e terrenos, a Defensoria Pública o Ministério Público.

No artigo 15 incisos XII e XIII, a atual lei de regularização fundiária urbana determina: "Poderão ser empregados, no âmbito da Reurb, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, os seguintes institutos jurídicos: XII - a concessão de uso especial para fins de moradia; XIII - a concessão de direito real de uso”.

Estas disposições da lei nos dizem que, as áreas públicas favelizadas que precisam ser regularizadas para garantir moradia digna a todos, bem como cumprir sua função social, poderão ser regularizadas através dos dois institutos jurídicos que já discutimos, ou seja, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso. Todavia, estes institutos permitem aos ocupantes o direito de uso das áreas para fins de habitação e não fornece o título de propriedade e este é o grande avanço da Lei 13.465/2017 que permite através da Reurb-S, não apenas o direito de usar para moradia, mas de obter o título de proprietário.

Na Regularização Fundiária Urbana com interesse social, o registro do projeto sobre o bem público e a constituição de direito real em nome dos ocupantes poderão ser feitos em ato único, a critério do ente público responsável, conforme artigo 17 da Lei 13.465/2017. A nova Lei, nesse aspecto da regularização fundiária urbana, foi um grande

avanço de política social e efetivação do direito social de Moradia e do cumprimento da Função Social da Propriedade.

A Lei nº 13.465/2017 consagrou um novo direito real que é a legitimação fundiária conceituada no artigo 11, inciso VII: “legitimação fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb”. Para esta legitimação fundiária, o beneficiário precisa cumprir algumas condições estipuladas no § 1º, do artigo 23:

I – o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano e rural;

II – o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto.

III – em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

O ocupante beneficiário vai receber a sua unidade imobiliária livre e desembaraçada de quaisquer ônus. Além disso, a referida lei determina a desburocratização e simplifica o procedimento, pois nos casos da Reurb-S em que os imóveis são públicos, o ente público responsável encaminha a Certidão de Regularização Fundiária (CR) para o registro imediato da aquisição de propriedade, dispensando: a apresentação de título individualizado, cópias de documentos pessoais dos beneficiários, o projeto de regularização aprovado, a listagem dos ocupantes e a definição das áreas que ocupam, conforme consta no § 5º, do art. 23. Vale lembrar que a lei também permitiu atribuir domínio por legitimação fundiária aos ocupantes que não tiveram seus nomes na lista inicial, mediante cadastro complementar.

A Lei nº 13.455/2017 trata também da Legitimação da Posse, assim como a Lei 11.977/2009 também contemplava tal instituto. Trata-se de ato do poder público que confere título de posse do imóvel objeto da Reurb. Entretanto, tal instituto não se aplica aos imóveis urbanos de titularidade do poder público, conforme parágrafo 2º do artigo 25, um aspecto que não concerne a este estudo, visto que o objeto de pesquisa que delimitamos são as áreas públicas irregulares e favelizadas, conforme enfatizamos antes.

Entendemos que a nova lei vem como resposta de um clamor social da grande parcela da sociedade que vive em áreas irregulares conhecidas como assentamentos e que eram privados de condições básicas de sobrevivência, como saneamento básico por exemplo. A nova lei desburocratiza os procedimentos e inclui aos entes públicos, especialmente aos municípios, maior participação e responsabilidades no processo de regularização fundiária e, mais importante ainda, cria uma nova forma de aquisição originária da propriedade, viabilizando e sendo a solução da regularização definitiva das áreas públicas irregulares favelizadas.

5. Conclusão

Na primeira parte do trabalho foram discutidos princípios e institutos jurídicos importantes para a resolução da problemática, tais como: o Direito Real, que trata do instituto jurídico previsto no artigo nº 1.225 do Código Civil, responsável por regular e normatizar o direito atribuído à pessoa sobre os bens imóveis e móveis de valor econômico. Estes direitos são absolutos e oponíveis a terceiros. Entre os direitos reais, cerne de nosso estudo, está o Direito de Propriedade que também discutimos na parte geral desse trabalho.

O Direito de Propriedade está previsto em nossa constituição, sendo absoluto e oponível a terceiros. No entanto, em relação às limitações pela Função Social da Propriedade, o direito coletivo sobrepõe-se ao direito individual do proprietário, porquanto a propriedade precisa ser utilizada, cumprindo assim sua função social. De forma mais específica, abordamos a Função Social da propriedade urbana, em vista da crescente urbanização das cidades e a falta de moradia digna, sendo necessário que os espaços urbanos cumpram sua função social, dando destinação a todas as áreas.

Também elencamos na parte geral, as formas de aquisição da propriedade: usucapião, registro de imóveis, acessão e direito hereditário, sendo o registro de imóveis o aspecto de nosso interesse nesse estudo, uma vez que as áreas públicas não podem ser usucapidas por força de lei.

Encerramos a parte geral do trabalho dissertando sobre as áreas favelizadas e o direito real de moradia, ou seja, sobre a crescente demanda de moradias nas cidades desde a industrialização e êxodo rural, quando um contingente de pessoas veio e ainda migra para os centros urbanos em busca de melhores condições de vida. No entanto, as cidades não estão estruturadas para recebê-las e, por esta razão, os migrantes vão ficando marginalizados, por falta de condições financeiras, mas com necessidade premente de moradia, ocupando áreas vazias sem legalização. Instalam-se, fazendo desses locais suas moradias, gerando aglomerados ou favelas, sem a mínima estrutura para tal. Entendemos que nossa Constituição garante a proteção à dignidade humana e é necessário que as pessoas de baixa ou nenhuma renda, tenham direito à moradia digna (art. 6º, CF)

A metodologia utilizada para o levantamento teórico foi a revisão de literatura, que consultamos para fundamentação teórica no desenvolvimento deste trabalho. Dialogamos com os autores referenciados no final deste estudo, a fim de analisarmos o objeto da pesquisa, qual seja, "A Concessão de Direito Real de Uso para Regularizar Áreas Públicas Favelizadas." Utilizamos, para ilustração do trabalho, um Estudo de Caso, apresentando um caso real em nosso Município de Uberlândia.

Nossa abordagem do caso foi elucidativa e nos permitiu alcançar o objetivo principal, comprovando, à luz da legislação, que a Invasão da Fazenda do Glória, de propriedade da União e ocupada por mais de duas mil famílias, pode ser legalizada a partir da instituição da Lei 13.465/2017. Tornando-se possível a propriedade dos moradores, com direito ao título de proprietários registrados em cartório, além de receberem das entidades públicas, a estruturação básica para sobrevivência em termos de dignidade humana.

A lei responde à questão social de moradia dessas famílias, embora o assentamento delas tenha sido em área pública, até então, resguardada de ser invadida. No entanto, por ser uma área em que não estava cumprindo sua função social, cabe à lei concedê-la a

usuários de classe social menos favorecida economicamente garantindo o direito a moradia. Nesta instância, a área ocupada cumpre o seu papel social, servindo de local para moradia de pessoas que não possuem meios financeiros para adquirir uma propriedade.

O estudo demonstrou como a Lei 13.465/2017 vem solucionar, por meio de regularização, que esta área pública até então uma favela, e quiçá outras localizadas no território nacional, passem a ser propriedades coletivas, com direito à estrutura básica como luz, água, saneamento e saúde, pois, até então, através da Concessão real do direito de Uso e do Uso Especial para fins de Moradia, os ocupantes poderiam adquirir apenas o direito de uso para fins de moradia. Agora, com a nova Lei 13.465/2017, os ocupantes passam a ter direito ao título de propriedade.

5. Referências bibliográficas

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte, Fórum, 2006.

ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de Almeida. **Direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

BEVILÁQUA, Clovis. **Direito das coisas**: vol. I, 1942. Brasília, Senado Federal, 2003.

CHALHUB, Melhim Namem. **Curso de direito civil**: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DEL NEGRI, André. **A divisão no espaço urbano**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATHIAS, Ligia Coelho. **Série leituras jurídicas provas e concursos**. São Paulo, Atlas, 2011.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Direito das coisas**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSA, Pedro Henrique de Miranda. **Direito civil**: direito das coisas. São Paulo: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TREVISAN, Ricardo. **O que muda com a nova Lei Federal de regularização fundiária**. Disponível em: <<https://.com/2017/07/13/o-que-muda-com-a-nova-lei-federal-de-regularizacao-fundiaria-13-4652017/>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

A ordem econômica constitucional: um olhar em seus fundamentos e princípios

*Geilson Nunes*¹

*Patrícia Silva Almeida*²

Resumo: A presente pesquisa teve por objetivo trazer um estudo sobre a Ordem Econômica Constitucional, fortalecida na promulgação da Constituição Federal de 1988 e a sua importância para o atingimento dos objetivos da República e na valorização da dignidade da pessoa e humana e na garantia dos direitos fundamentais. Neste sentido, como melhor forma de ilustrar a pesquisa, o caminho percorrido foi inicialmente discorrer sobre a ordem econômica constitucional e seus princípios estruturantes, mormente a livre iniciativa e a livre concorrência. Posteriormente, trilhamos sobre a importância da ordem econômica para o atingimento dos fins propostos no texto constitucional, com vistas à preservação da dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano e as garantias fundamentais. Como metodologia utilizada, optou-se por uma pesquisa essencialmente bibliográfica, ancorada em um aparato constitucional, doutrinário e jurisprudencial, tendo como problemática, a forma que a ordem econômica constitucional pode ser eficaz para uma sociedade justa e solidária. Como método, abordou-se o dedutivo, a partir de uma premissa geral para uma específica.

Sumário: 1. Introdução. 2. A ordem econômica constitucional e os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. 3. A ordem econômica como pilar da dignidade da pessoa humana. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Ordem econômica. Dignidade humana. Objetivos da República.

1. Introdução

A justificativa do presente estudo será proceder um estudo da Ordem Econômica Constitucional, prevista no art. 170³ da CF/88 no contexto de 30 anos de promulgação da

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Marília – SP. Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Bacharel em Direito pela Fundação Carmelitana Mário Palmério. Professor da graduação em Direito no Instituto Master de Ensino – IMEPAC e na FUCAMP, de Monte Carmelo (MG). Tenente Coronel da PMMG. Email: capgeilson41@gmail.com.

² Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito da Universidade de Marília. Especialista em Direito Público pela Escola de Magistratura Federal do Rio Grande do Sul. Oficiala Registradora e Tabeliã de Notas do Município de Santa Salete, Comarca de Urânia (SP). E-mail: patriciadialmeida3110@gmail.com.

³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Constituição Federal de 1988 e clarificar a importância desta ordem econômica para que os objetivos e princípios republicanos possam ser alcançados, a partir de uma âncora em princípios estruturantes inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Fica evidente no contexto atual que uma busca mais aguçada deve-se ter na compreensão da ordem econômica como fator preponderante para a eficácia da Constituição de 1988, a considerar ser ela o esteio de todos os outros sistemas e objetivos traçados na carta política.

Nesse sentido, como melhor forma de ilustrar a pesquisa, no primeiro capítulo será tratado sobre a Ordem Econômica Constitucional prevista no art. 170 da Constituição Federal - CF/88 e sua importância para o alcance dos fundamentos da República, no desenvolvimento social, na proteção da dignidade da pessoa humana e na valorização do trabalho humano, sendo um elemento estruturante para se atingirem dos desígnios do Estado Democrático de Direito, na tutela dos direitos fundamentais.

Destaque ainda será dado quanto aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência que se estabelecem na estreita harmonia entre Economia e Direito, afim de propiciar a justa distribuição de riquezas na sociedade e a eficaz regulação que se faz necessária, calcada nos importantes princípios que são os pilares da ordem econômica constitucional, que buscam a valorização do trabalho humano, a perseguição de um desenvolvimento social e econômico, calcado na garantia e na proteção da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, no segundo capítulo, traremos um pouco mais os princípios da ordem econômica, dando destaque à estreita relação entre a ordem econômica, a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, como estruturantes de todo o sistema e razão de ser de todos os demais e produtora de todos os outros valores, tendo o homem como seu ator principal.

Quanto ao objetivo a ser alcançado, refere-se à tentativa clarificadora de demonstrar que a Ordem Econômica, contida no texto constitucional brasileiro de 1988, teve a preocupação de dar à livre iniciativa um status principiológico estruturante de todo o sistema econômico, alinhado aos demais objetivos republicanos no sentido da valorização do trabalho humano, do equilíbrio e da transformação econômica com vistas ao desenvolvimento e à riqueza nacional, contudo, atentando para que a robustez do sistema econômico e seu poderio não atinjam os direitos transindividuais e provoquem o desequilíbrio no sistema

Para tanto, a obtenção dos resultados almejados no presente artigo, o método de abordagem a ser descrito será o dedutivo, que abrange a teoria e fatos concretos exemplificativos, simultaneamente, de forma a alcançar os resultados propostos.

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

No que se refere à metodologia de investigação utilizada, correspondente às fontes elencadas, nosso estudo será delineado com referencial teórico bibliográfico, casado a um repertório da legislação, a fim de comprovação de que a Ordem Econômica Constitucional é pilar para que todo o sistema trabalhe de forma harmônica na busca dos objetivos republicanos.

2. A ordem econômica constitucional e os princípios da livre iniciativa e livre concorrência

Fica evidente que, neste cenário de globalização e das novas tendências neoliberais, é certa a grande influência que a Economia impõe sobre todo o estrato social e na vida das pessoas; passa por todas as demais ciências, deságua suas vertentes também na seara da Ciência do Direito, cria uma conexão e interdisciplinaridade, no cotejo de soluções para as demandas sociais advindas do desenvolvimento.

Conceituando ordem econômica, Vital Moreira (1973, p. 69) assinala em primeiro sentido como o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta e não, a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais. Em um segundo sentido, ordem econômica é expressão que designa o conjunto de todas as ou regras de conduta, qualquer que seja a sua natureza, podendo ser jurídica, religiosa, moral ou outras, que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, se consubstanciando no sistema normativo da ação econômica e, finalmente, em um terceiro sentido, significa ordem jurídica da economia.

Sua ênfase se estabelece na estreita harmonia entre Economia e Direito, que se fundem para propiciar a justa distribuição de riquezas na sociedade e a eficaz regulação que se faz necessária, calcada nos importantes princípios que são os pilares da ordem econômica constitucional, entre os quais, a livre iniciativa, a livre concorrência, a valorização do trabalho humano, na perseguição de um desenvolvimento social e econômico, calcado na garantia e na proteção da dignidade da pessoa humana.

Pelo conteúdo expresso no texto constitucional brasileiro de 1988, pode-se inferir que o constituinte originário teve a preocupação de dar à livre iniciativa um status principiológico estruturante de todo o sistema econômico, alinhado aos demais objetivos republicanos no sentido da valorização do trabalho humano, do equilíbrio e da transformação econômica com vistas ao desenvolvimento e à riqueza nacional, contudo, atentando para que a robustez do sistema econômico e seu poderio não atinjam os direitos transindividuais e provoquem o desequilíbrio no sistema, passando então a exigir de uma atenção regulatória por parte do Estado em questão pontual.

Fica destacado que a livre iniciativa é o trilho que irá conduzir a sociedade na conquista de seus anseios, bem essa e justiça social, a partir da atividade do homem em sua liberdade de construir uma sociedade justa, igualitária e com vistas ao desenvolvimento social, alicerçados na sua livre iniciativa.

Conceituando também a livre iniciativa, Dias e Oliveira (2017, p. 171) destacam ser ela um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, com base no art. 5º, IV da Constituição Federal/88, alinhada aos valores sociais do trabalho e que o desenvolvimento nacional passa, necessariamente, pela observância das funções sociais da propriedade, da valorização do trabalho humano, que estão arraigados de fortes

valores sociais e acrescentam: [...] “Só haverá espaço para o desenvolvimento livre do privado se estiver voltado para objetivos mais nobres da República, como a persecução eterna da função social. [...] (DIAS e OLIVEIRA, 2017, p. 171).

Ainda sobre o conceito de livre iniciativa, Reale (1988, p. A-3) destaca:

A liberdade de iniciativa econômica é um *quid pluris*. Não se reduz à soma de outras liberdades, não se exaure no exercício do direito de propriedade da liberdade contratual. [...]. Não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. [...].

Em uma exegese da norma constitucional, fica clara a intenção do constituinte de alinhar todos os princípios na conquista dos desideratos da ordem econômica e somente essa harmonia que envolve situações contrapostas é que propiciará a construção do trilho que irá levar à consecução dos objetivos propostos.

Relevante é a roupagem de proteção que o constituinte originário albergou no texto constitucional para dar a necessária segurança jurídica ao mercado, tendo como balizas princípios norteadores da ordem econômica na tutela dos direitos fundamentais e dos interesses da coletividade, que não podem ser reféns de abuso do poder econômico e deve haver a precisa intervenção do Estado nessas situações. Nesse sentido, bem destaca Ana Luiza Nery (2017, p. 55):

[...] O Estado não pode prejudicar a atividade econômica quando equívoco de dirigir a Economia colocando-se no lugar da empresa, quando, em verdade, seu papel é meramente regulador, fiscalizador, e não intervencionista. Intervir na Economia além do necessário é desrespeitar o princípio da livre-iniciativa, que implica, também, a mínima intervenção estatal.

No entendimento de Dias e Oliveira (2017, p. 184), o texto constitucional de 1988 enriqueceu a teoria dos princípios no tocante à ordem econômica, colocou como um dos pilares a dignidade da pessoa humana, o que lhe dá um novo sentido e, assim, qualquer abuso econômico nivela o ser humano a escravo e, ainda, a não prestação de serviços públicos essenciais afronta esse princípio estruturante.

Fica evidente que o constituinte originário construiu o texto fundamental alicerçado em princípios basilares que sustentam a ordem econômica e, na ótica de Dias e Oliveira (2017, p. 186), o art. 170 aponta princípios de relevo, entre os quais se destacam, busca da Justiça social, a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.

Os fundamentos da República estão claros no texto constitucional em estabelecer uma sociedade justa, solidária e com desenvolvimento social, que impõe à livre iniciativa parâmetros para sua legitimidade, qual seja, alcançar as finalidades e valores estabelecidos na ordem econômica.

Tecendo sobre os princípios da ordem econômica, vitais para a manutenção do Estado Democrático de Direito, em uma primeira abordagem, destaca-se o princípio da liberdade de iniciativa econômica que, nas lições de Petter (2008, p. 184), é um dos princípios mais onerosos da ordem econômica, a considerar que o desenvolvimento do Estado se estrutura nele, constituindo um dos suportes fundamentais do processo de desenvolvimento.

A importância da livre iniciativa para a eficácia da tutela e conquista de direitos fundamentais espalhados no texto constitucional de 1988 fica clara e evidente, colocando limites ao legislador, ao ente estatal e à iniciativa privada e, nessa linha de raciocínio, Bastos e Martins (2000, p. 38) asseveram que a livre-iniciativa não só consubstancia em pilares e fundamento da ordem econômica, como também deita raízes nos direitos fundamentais, para os quais traz especial atenção e, no mesmo sentido, Andrade (1986, p. 239) destaca que as leis restritivas da liberdade de iniciativa econômica devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e funcionar como um limite negativo à atuação do legislador, vislumbrando-se, nessa assertiva, uma dignificante proteção da pessoa humana.

Tratando do tema, Moncada (2012, p. 146) assevera que a doutrina entende, ainda, que o direito à livre-iniciativa privada é um direito fundamental, com os mesmos parâmetros dos demais, e reflete, então, as proteções e garantias fundamentais estabelecidos no texto constitucional.

A livre iniciativa, como já bem destacado, evidencia-se como vetor estruturante para os consectários da ordem econômica e dos fundamentos da República, é balizadora do desenvolvimento e deve ser delineada por princípios legais, éticos e morais.

Com assento nessa premissa, Ferraz Junior (1989, p. 46) destaca que o princípio da livre-iniciativa não exclui a atividade fiscalizadora, estimuladora, arbitral e até suplementarmente empresarial do Estado e, conjugada com a valorização do trabalho humano, a livre-iniciativa se define como participação, como construção positiva da dignidade humana na produção de riqueza, isto é, como tarefa social que os homens realizam em conjunto.

A atuação do Estado na Economia é sempre subsidiária e, conforme Bastos (2000, p. 243), ele não está habilitado a retirar dos particulares e transferir para a responsabilidade da comunidade atribuições que estejam em condições de cumprir por si mesmos. A ação das coletividades públicas no âmbito da Economia só se justifica, pois, naquilo que os particulares não possam, ou não queiram, intervir.

Pode-se afirmar que ao escolher essa trilha de prestígio à livre iniciativa, o sistema é amoldado ao capitalista e, em consequência, dá destaque a todas as formas de organização individual e coletiva de viés econômico, reafirma valores como da propriedade, de liberdade contratual, das formas de produção e, ainda, baliza os limites da intervenção estatal somente como garantidor da ordem econômica.

Não restam dúvidas sobre a importância da livre iniciativa e a livre concorrência para a consecução dos objetivos republicanos, contudo, é notório que essa abertura principiológica pode conduzir a abusos que afetem aos interesses da coletividade e

transindividuais, e acarrete lesões graves que ofendem o desenvolvimento social e os preceitos constitucionais.

Diante do exposto, fica clarificado que a ordem econômica constitucional é esteio do Estado Democrático de Direito, razão para o alcance dos objetivos da República e o sistema funciona como uma engrenagem harmônica, balizada pelos seus princípios estruturantes e ainda, com uma regulação estatal eficaz, os objetivos poderão ser eficientemente alcançados.

3. A ordem econômica como pilar da dignidade da pessoa humana

O constituinte originário fortaleceu o texto constitucional ao dar à Ordem Econômica o status de sustentação dos direitos e garantias fundamentais, sob o primado da valorização do trabalho humano, da redução das desigualdades sociais e regionais e na proteção da dignidade da pessoa humana como princípio estruturante de todos os demais.

Posicionando-se sobre a dignidade da pessoa humana, Petter (2008, p.190) pondera que ela constitui mesmo uma qualidade inerente a toda pessoa, a todo ser humano, preexistindo ao direito legislativo que tratou apenas de reconhecê-la, positivá-la, identificá-la como maior valor supremo de todo sistema jurídico, impedindo que o ser humano pudesse ser objeto de coisificação e de instrumentalização. Destaca, ainda:

A preceituação constitucional da dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica traduz-se numa imperiosa busca de concretude deste valor, em cada passo que o intérprete trilhar nos caminhos hermenêuticos palmilhados ao longo da tarefa exegética que se lhe impõe. [...]. (PETTER, 2008, p.190).

Importa salientar que, apesar de sua importância e valor, esse princípio não é absoluto, tem seus limites quando colide com a dignidade de outras pessoas, pois é inerente a todos, indistintamente, sendo vedada sua disponibilidade e retirada do ser humano.

Nesta linha, Martinez (1996, p.42) assevera que é indubitosa a enorme influência que a Economia tem na vida das pessoas, na satisfação de suas necessidades básicas humanas e na boa administração dos recursos, sendo que igual assertiva também vale para o Direito, salientando que os domínios do econômico e do jurídico não se confundem, mas é íntima a correlação entre as duas ciências, impondo-se a afirmação de que o fenômeno econômico, no mais das vezes, tem reclamado um revestimento jurídico, e ainda destaca Souza (1971, p. 144):

(...) [...] O econômico e o jurídico se interpenetram, mas eles o fazem de um modo que não importa reciprocidade automática, isto é, na obrigatoriedade de reação igual e contrária, verificada na interação. Pode até mesmo deixar de haver influência de um sobre o outro, pelo menos visivelmente. Certos fatos jurídicos relacionados com o direito de família, por exemplo, e muitos outros, distanciam-se e

afastam-se de qualquer relação com o econômico, ou a possuem de modo muito esmaecido.

Do exposto pelos autores, fica nítido que Direito e Economia andam juntos, completam-se, mesmo que, em alguns ramos específicos, não tenham uma proximidade e, nessa linha, Nusdeo (2002, p.20) afirma que “[...] na verdade, Direito e Economia estão diretamente imbricados, sendo correto dizer que subjacente a qualquer valor econômico existe um nicho institucional, vale dizer, jurídico, ao abrigo do qual ele se origina e se manifesta.”

Pode-se então afirmar que ignorar essa relação entre direito e Economia, abandonar as raízes das primeiras ideias econômicas estabelecidas na sociedade e visualizar que ambas as ciências podem andar cada uma em sua via, sem uma transversalidade, é refutar a ordem da semelhança entre ambas.

Nessa linha de raciocínio, Martinez (1996, p. 43) destaca que fica desde logo estabelecida, então, a necessidade do reconhecimento da abertura como característica irrenunciável do sistema jurídico, permitindo que os fenômenos econômicos sejam devidamente partilhados por ocasião da juridicização dos fatos, seja na elaboração normativa do Direito, seja na pauta aplicativa, mas também a necessidade de a Economia aproximar-se da ética de um Direito justo, em uma postura metodológica que a reponha no lugar de onde nunca se deveria ter afastado.

Assim, entende-se que, nesse contexto de desenvolvimento econômico, o caminho a ser percorrido pela ordem econômica é buscar o desenvolvimento social, alinhando riqueza e crescimento com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana, maior princípio a ser salvaguardado para a conquista de todos os demais direitos.

Lecionando sobre a Constituição Econômica, importantes lições trazem Dias e Oliveira (2017, p. 177), ao esclarecerem que se traduz em um conjunto de regras, princípios e valores no campo da Economia, decorrentes de uma lógica do Estado Democrático de Direito, ainda que no texto constitucional não apareça de forma explícita.

Neste sentido, Moreira (1974, p. 78) destaca sobre constituição econômica:

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da Economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.

De acordo com Grau (2008, p. 81), a ordem econômica, na Constituição Federal de 1988, consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica, na busca pelo desenvolvimento e, bem enfatiza Petter, (2008, p. 88) que o desenvolvimento econômico não é um fim em si mesmo, pois, ele tem de estar relacionado, sobretudo, com a melhoria da qualidade de vida das pessoas e com as liberdades de que elas podem desfrutar, bem como com o crescimento

econômico, principalmente quando medido por grandezas matemáticas atinentes à simples produção econômica.

Seguindo essa linha de raciocínio a respeito da ênfase da ordem econômica na Constituição Federal de 1988, imperioso dar destaque ao seu papel no balizamento da Economia com vistas a atingir os objetivos republicanos e nessa esteira, Dias e Oliveira (2017, p.178) salientam que ela possui duas funções, consistentes em organizar a atividade econômica, direcionando-a para um cenário futuro diferente e ainda a organização da atividade econômica e da estrutura político-econômica do Estado e a limitação do poder econômico.

Deste modo, entende-se que, nesse contexto de desenvolvimento econômico, o caminho a ser percorrido pela ordem econômica é buscar o desenvolvimento social, alinhando riqueza e crescimento com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana, maior princípio a ser salvaguardado para a conquista de todos os demais direitos.

E, na esteira das considerações acerca dos princípios estabelecidos no art. 170, da Constituição Federal, na lição de Eros Grau (2008, p. 198), a definição posta pelo texto constitucional traz um sentido de uma unidade soberana na forma federativa, sendo o Estado uma entidade política organizada, que elege valores primordiais como a dignidade da pessoa humana, a soberania, a livre iniciativa e a livre concorrência e, nesse contexto, a Ordem Econômica preconiza que as relações econômicas devem estar em convergência para promover a existência digna de todos. Nesse sentido, aponta Petter (2008, p. 184):

Trata-se, aqui, de lembrarmos, a indicação no quadro constitucional de 1988, do princípio conformador da valorização social do trabalho humano, visto [...] um princípio que se apresenta de forma nebulosa, [...] o qual padece na modernidade de concretude -, na medida em que nos tornamos, em razão do capitalismo, a sociedade do trabalho.

Assim, as palavras de Grau (2008, p.197) acerca da consagração da valorização da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos no texto constitucional brasileiro, apontam que o Brasil se estabelece como entidade política constitucionalmente organizada, conforme preconiza o texto constitucional de 1988, tendo como objetivos a busca e a proteção da dignidade da pessoa humana que seja assegurada ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Seguindo essa linha de raciocínio, importante destacar que, para atingir tais desideratos esculpidos no texto constitucional e proporcionar a devida valorização do ser humano em sua dignidade, imperioso é traçar políticas públicas direcionadas ao bem-estar social, na busca de redução das desigualdades sociais, que é fundamento da República e, nessa senda, eis as lições de Gesteiro e Ribeiro (2013, p. 204):

De qualquer forma, o cumprimento dos ditames constitucionais supracitados, requer a efetiva participação estatal. O dever-poder de implementação desses valores, proporcionando vida digna e o desenvolvimento social pleno, desde que respeitada à prática de

políticas públicas, impõem a criação de programas com finalidade precípua de reduzir as desigualdades e, proporcionando, por conseguinte, a Justiça social.

Assim infere-se que para o cumprimento desses ditames constitucionais, deve o Estado assumir seu importante papel na responsabilidade de implementação dos princípios estatuidos no art. 170 da Constituição de 1988, objetivando proporcionar uma vida digna e desenvolvimento social, com implementação de políticas públicas e programas com finalidades precípua de reduzir as desigualdades e de buscar o pleno emprego.

O trato que é dado à ordem econômica na Constituição Federal de 1988 objetiva direcionar a Economia com vistas às gerações futuras e nesse sentido, Dias e Oliveira (2017, p. 178) enfatizam que a meta é alcançar um cenário diferente e organizar a atividade econômica existente, considerando que o constituinte acertou ao reconhecer o modelo capitalista e, ao mesmo tempo, moldá-lo às perspectivas humanistas, reconhecendo a necessidade do exercício de uma profunda função social às atividades econômicas.

Fica denotado que o objetivo precípua da ordem econômica no Estado Democrático de Direito é valorizar o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana que, intimamente ligado aos Direitos Humanos, ganha contornos importantes para sua construção e manutenção, hoje alvo de conquista da sociedade moderna e, nessa linha, a Constituição da República Federativa do Brasil/88 inicia, proclamando em seu art. 1º, inciso III, ser a dignidade da pessoa humana o principal fundamento da República.

Sobre a dignidade da pessoa humana, diversos estudos apontam seus fundamentos e, nas palavras de Sarlet (2009, p.109) pode ser considerado como o fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, na exata ordem de dele emanarem o sentido e as exigências para que todo o sistema seja interpretado nas finalidades de atendimento aos preceitos primordiais da manutenção da dignidade da pessoa humana.

Bonavides (2000, p.573) destaca que a nova universalidade dos direitos humanos os coloca assim, desde o princípio, em um grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia e na mesma linha, Bobbio (1992, p. 21), aponta que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são globalmente respeitados a partir do momento em que seus fundamentos são reconhecidos universalmente. Sarlet (2009, p. 109) bem aponta que a humanidade partilha de valores comuns e que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como o fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, na exata ordem de dele emanarem o sentido e as exigências para que todo o sistema seja interpretado nas finalidades de atendimento aos preceitos primordiais da manutenção da dignidade da pessoa humana.

Bonavides (1999, p. 587) adverte ainda:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições e, com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente e característica, porquanto extrapolaram a relação cidadão- Estado, adquirindo uma dimensão objetiva, de conteúdo aberto e indeterminado, até então ignorada,

não pertencente nem ao Direito Público, e tão pouco ao Direito Privado, mas que compõe e orienta de todo ordenamento jurídico-constitucional de cúpula.

Assim, em um alinhamento com os objetivos da República e com os princípios da ordem econômica com efetividade de políticas públicas, a Constituição da República Federativa do Brasil é exemplo de abertura ao primado da dignidade humana, proclamando em seu art. 1º, inciso III, um dos principais fundamentos da República. Expressa referência faz Canotilho ao expor: “[...] o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República significará, assim, o contrário de ‘verdades’ ou ‘fixinismo’ políticos, religiosos ou filosóficos [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 225).

De modo genérico, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é um bem imaterial, espiritual, ligado diretamente à essência do ser humano, à sua condição psíquica, interior. É um bem eterno que não finda com a morte, mas que, ao contrário, prolonga-se pela eternidade. É uma condição de todo ser humano, independentemente de sua raça, cor ou religião, vale registrar, é qualificada como algo inerente ao ser humano, como grande parte doutrinária assim a tipifica, atributo chancelado pela indisponibilidade, inerente a qualquer pessoa, mesmo aquelas que cometem os atos mais vis contra seu próximo.

A esse respeito, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em face de atrocidades levadas a efeito contra seres humanos, declara que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.

Todavia, como bem destaca Sarlet (2013, p. 124), o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser desdobrado em diversas dimensões e nesse sentido, não se pode deixar de reconhecer a sua dimensão histórico-cultural, comunitária e social e não apenas ser visto como uma declaração de conteúdo ético, à medida que é dotada de plenitude e eficácia, alcançando, assim, uma condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Nessa linha de raciocínio, Reis (2008, p. 58) destaca que, considerada o cerne de nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a sua “função unificadora de todos os direitos fundamentais”, a dignidade da pessoa humana deve ser posta como atividade que realiza os direitos pessoais, sendo tarefa do poder público erigir um ordenamento jurídico e social concretizador desse valor irredutível e, como bem aponta Sarlet (2009, p. 67), “[...] é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito, [...] um complexo de direitos e deveres fundamentais” [...].

A dignidade da pessoa humana sai da esfera da abstração e entra no campo de sua real concretude, está presente nos atos e ações de cada ser humano e, por isso, pode tornar-se alvo de violações diversas, perfeitamente identificáveis no cotidiano da sociedade moderna.

No que se refere às ofensas contra a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2007, p. 364) destaca que existe uma dificuldade em estabelecer uma pauta de violações e assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, na corrida para uma definição jurídica de dignidade, cuidam de estabelecer parâmetros e critérios básicos a fim de se aproximar de uma definição mais concreta desse princípio, ainda que isso não seja uma definição consensualmente aceita em face da amplitude o assunto, caracterizado pela ambiguidade

e pela porosidade, não é prudente uma conceituação fixa, pois, em assim sendo, estaria em colisão com os diversos valores das democracias modernas.

Sobre a qualidade de status jurídico a que é alçada a dignidade da pessoa, pode ser observado que ela não é inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas ganha, sim, a condição de princípio fundamental da República e nesse sentido, Sarlet (2011, p. 53) considera que “[...] na qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica constitucional e infraconstitucional”.

Por estar inserida na ordem jurídica, fica evidente que a judicialização dos direitos fundamentais ganha mais notoriedade frente à inércia e à omissão dos poderes públicos e, nessa linha de raciocínio, Revenga *et al* (2009, p. 13) argumentam que o Brasil tem passado por um estágio de afirmação dos direitos constitucionais, construídos na afirmação de efetivo exercício de cidadania, decorrentes do maior controle judicial ocorridas no Supremo Tribunal Federal e nas demais instâncias do Poder Judiciário.

Assim, nos julgados atuais do Supremo Tribunal Federal⁴ há uma vasta jurisprudência sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua estreita relação com os direitos fundamentais e tem entendido também ser a dignidade da pessoa humana como principal vetor e fonte de inspiração de todo ordenamento jurídico de sua fundamental importância para as decisões judiciais.

Nesse sentido, exemplificando, Sarlet (2011, p.65) destaca a vedação da tortura e do tratamento desumano, a proibição da redução do ser humano como objeto de ação estatal, que regula o uso de algemas; no campo dos direitos sociais, com uma atenção aos chamados mínimo existencial e sua vedação de tributação e proibição de confisco, incumbindo também ao Estado a manutenção desse mínimo existencial, entre outras ações e prestações positivas.

Referindo-se ao importante papel da normas constitucionais e infraconstitucionais na garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, Canotilho (2003, p.249) leciona que se deve preservar a integridade física e espiritual do homem como atributo irrenunciável, o que é chamado pelo autor de libertação da angústia de existência do ser humano; é necessário que lhe seja destinada a possibilidade de trabalho, emprego, o mínimo existencial, por meio de mecanismos assistenciais básicos para a garantia de sua sobrevivência.

Demonstra-se, no exposto até aqui, a importância principiológica da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais. É importante, para a sua eficácia, uma postura ativa do Estado por meio de políticas públicas, na busca da conquista e fruição dos direitos pelo cidadão, para que os objetivos da república sejam alcançados e para isto, deve haver um desenvolvimento econômico, aliado a um desenvolvimento social, para a efetiva instalação da Justiça social.

Petter (2008, p. 190) destaca que a dignidade humana, então, constitui mesmo uma qualidade inerente a toda pessoa, a todo ser humano. Tomada em consideração a lição Kantiana, fácil notar que a dignidade da pessoa humana preexiste ao Direito legislativo. Este apenas tratou de reconhecê-la, positivando-a. Ao fazê-lo, entretanto, identificou-a

⁴ A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento de causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate de crime grave.” STF (Segunda Turma), Habeas corpus 87.676.5 – Espírito Santo, rel. Min. César Peluso, julgamento em 06/05/2008.

como um valor supremo da ordem jurídica, impedindo que o ser humano pudesse ser objeto de coisificação e instrumentalização.

A preceituação constitucional da dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica traduz-se numa imperiosa busca de concretude deste valor, em cada passo que o intérprete trilhar nos caminhos hermenêuticos palmilhados ao longo da tarefa exegética que se lhe impõe, valendo, porém, observar, igualmente, que, como qualquer outro princípio, nem mesmo a dignidade da pessoa humana pode ser absolutizada, sofrendo ponderação quando em jogo a dignidade de outra ou mais pessoas. A despeito disso, diz-se da mesma ser irrenunciável e inalienável, não podendo ser destacada do ser humano. (PETTER, 2008, P.60).

Petter (2008, p. 195) destaca que certo é que a dignidade de uma pessoa encontra limites na dignidade do próximo, acentuando-se, nesta visada, a dimensão intersubjetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a dignidade não poderá ser absolutizada.

Fica evidente que, a Ordem Econômica Constitucional tem seu papel de agente indutor do desenvolvimento social, na busca de atingir os objetivos da república, valorizar o trabalho humano e da dignidade da pessoa humana, sendo elemento estruturante do Estado Democrático de Direito capaz de ser efetivo na tutela desses direitos na busca do acesso à Justiça.

4. Conclusão

A partir da análise do exposto nesta pesquisa, conclui-se:

Pode-se afirmar que ao escolher essa trilha de prestígio à livre iniciativa, o sistema é amoldado ao capitalista e, em consequência, dá destaque a todas as formas de organização individual e coletiva de viés econômico, reafirma valores como da propriedade, de liberdade contratual, das formas de produção e, ainda, baliza os limites da intervenção estatal somente como garantidor da ordem econômica.

Não restam dúvidas sobre a importância da livre iniciativa e a livre concorrência para a consecução dos objetivos republicanos, contudo, é notório que essa abertura principiológica pode conduzir a abusos que afetem aos interesses da coletividade e transindividuais, e acarrete lesões graves que ofendem o desenvolvimento social e os preceitos constitucionais.

Diante do exposto, fica clarificado que a ordem econômica constitucional é esteio do Estado Democrático de Direito, razão para o alcance dos objetivos da República e o sistema funciona como uma engrenagem harmônica, balizada pelos seus princípios estruturantes e ainda, com uma regulação estatal eficaz, os objetivos poderão ser eficientemente alcançados.

Demonstra-se, no exposto até aqui, a importância principiológica da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais. É importante, para a sua eficácia,

uma postura ativa do Estado por meio de políticas públicas, na busca da conquista e fruição dos direitos pelo cidadão, para que os objetivos da república sejam alcançados e para isto, deve haver um desenvolvimento econômico, aliado a um desenvolvimento social, para a efetiva instalação da Justiça social.

Como referencial teórico, adotou-se o que está exposto em doutrinas, obras literárias modernas sobre o tema, aspectos legais e ainda, outras fontes de pesquisa como artigos sobre o tema, na busca descortinar a problemática posta. No mesmo caminho, a partir do o método dedutivo de pesquisa, partimos de uma premissa geral com âncora no texto constitucional e chegamos a resposta do problema, podendo concluir que a Ordem Econômica Constitucional é eficaz na promoção do acesso à justiça e de tutela dos direitos e interesses transindividuais da sociedade, na busca da efetividade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais expressos no texto constitucional de 1988 que ora completa 30 anos.

5. Referências bibliográficas

ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Lisboa: Estampa, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

DIAS, Jefferson Aparecido; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. **Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988, legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito econômico**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

NERY, Ana Luiza. **Teoria geral do termo de ajustamento de conduta**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAUPERIO, Machado A. A economia degradou o direito. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 131, p. 167-174, jul./set. 1996.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos. **Folha de S. Paulo**, 19 out. 1988.

REIS, Rafael Luís Vale . **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra , 2008.

REVENGA, Miguel; ROMBOLI, Roberto; SCAFF, Fernando Facury. **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paudetto. A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: função social do tributo. In: SANTOS, António Carlos dos; LOPES, Cidália Maria da Mota (Org.). **Fiscalidade: outros olhares**. Porto (Portugal): Vida Económica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 09, jan./jun. 2007, p. 364 – 387.

_____. Comentários ao artigo 1º, III, da Constituição Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, Brasília 2011.

A tutela civil constitucional do direito à privacidade perante a responsabilidade dos provedores de internet

*Kássia Renata Ozeias de Souza*¹

Resumo: O presente trabalho tem como proposta discutir a aplicação da responsabilidade civil dos provedores de internet em relação aos direitos violados, especialmente o direito à privacidade na internet. O principal motivo para elaboração desta monografia encontra-se na importância do tema, visto que, o assunto trata-se de uma garantia constitucional e está previsto também no Código Civil Brasileiro e necessita de atenção no judiciário, releitura diante das mudanças advindas da revolução tecnológica. O estudo tem por objetivo buscar o amparo jurídico, conceitos e debater qual tipo de responsabilidade será aplicada aos que fazem parte da cadeia de comunicação: o provedor de rede, provedor de acesso, provedor de serviço e provedor de conteúdo, quando forem violados. Para a elaboração do trabalho será utilizada a pesquisa bibliográfica em livros, revistas jurídicas e internet, será feita uma análise da doutrina e da jurisprudência sobre o objeto de estudo do presente trabalho. As técnicas utilizadas para tanto serão a análise textual, cuja finalidade é propiciar a esquematização dos textos lidos mediante prévia visão panorâmica da matéria tratada. Quanto à metodologia utilizada, registra-se que o método de abordagem empregado é o método indutivo e a técnica de pesquisa que servirá de base à metodologia deste trabalho científico será documentação indireta, com o uso da pesquisa documental e bibliográfica.

Sumário: 1. Introdução 2. Dos direitos da personalidade no Brasil 3. Direito à privacidade e o advento da internet 3.1. Conceito de internet 3.2. Direito à liberdade de expressão 3.3 Limites entre o Direito à liberdade de expressão e o Direito à privacidade 3.4. Internet e os desafios jurídicos 4. Violação dos direitos da privacidade no âmbito da internet 5. Responsabilidade civil: Conceito, pressupostos e modalidade 6. Relação jurídica entre usuários e provedores de internet. 7. Responsabilidade civil e a cadeia de comunicações. 7.1. Provedor de acesso. 7.2. Provedor de Correio eletrônico 7.3. Provedor de hospedagem 7.4. Provedor de conteúdo. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Privacidade. Internet. Responsabilidade Civil.

1. Introdução

O objetivo da presente pesquisa nos fará refletir sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil aos provedores de internet. O problema central do trabalho é analisar a proteção do direito à privacidade no âmbito da internet, delimitando as

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo - UNITRI. E-mail: kaka_ozeias@hotmail.com.

responsabilidades perante a cadeia de comunicação, envolvendo os provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem e de provedores de conteúdo, uma vez que a internet tornou-se o meio de comunicação mais importante do mundo, responsável por quase todas as relações, sejam elas pessoais ou profissionais. Portanto, se torna cada dia mais difícil o Direito acompanhar esse avanço.

O estudo desse tema é fundamental, pois vem despertando uma grande preocupação por parte da sociedade e até mesmo do Judiciário. De um lado temos uma sociedade que abusa do direito e faz mau uso dos conteúdos virtuais, do outro lado vemos uma significativa repercussão no meio jurídico, exigindo grande criatividade para tentar combater a prática de ilícitos deste meio. Contudo, tendo em vista que não há um ramo específico do Direito e leis que regulamentam a vida virtual, o Judiciário utiliza-se da legislação existente, uma delas o Código Civil, qual trataremos nesta pesquisa, tratando da devida regulação, responsabilização e punições.

A metodologia utilizada para a elaboração do referido estudo será a pesquisa bibliográfica em livros, revistas jurídicas e internet, em que será feita uma análise da doutrina e da jurisprudência. A pesquisa teórica será efetuada pelo método dedutivo, por meio da bibliografia pré-selecionada, além dos acréscimos necessários. As técnicas utilizadas para tanto serão: a análise textual, cuja finalidade é propiciar a esquematização dos textos lidos mediante prévia visão panorâmica da matéria tratada, a análise temática, com a qual se intenta apreender o raciocínio dos autores e eleitos e suas mensagens sobre o tema e, em seguida, a análise interpretativa, cuja apreciação possibilitará a elaboração de um juízo crítico sobre as questões discutidas e seus desdobramentos jurídicos e sociais, sobretudo no Brasil, enfatizando os pontos positivos e negativos.

Para tanto, o trabalho foi estruturado em sete capítulos, sendo o primeiro uma contextualização dos Direitos da personalidade no Brasil. O segundo trataremos do Direito à privacidade e o advento da internet, conceituando, expondo os limites entre Direito e privacidade, analisar os desafios jurídicos. No terceiro capítulo versaremos sobre a violação do Direito à privacidade no âmbito jurídico. No quarto capítulo dissertaremos sobre a responsabilidade civil, seus pressupostos e modalidades. No quinto falaremos a relação jurídica entre usuários e os provedores da internet. No sexto capítulo abordaremos sobre relação jurídica entre usuários e provedores de internet. E, por fim, no sétimo capítulo o presente trabalho abordará a responsabilidade civil e a cadeia de comunicações: provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo.

2. Dos direitos da personalidade no Brasil

As ações cometidas no meio virtual, apesar de não serem em nosso plano físico, influenciam bastante a nossa vivência real, e começamos a tratar as mesmas como relações jurídicas, uma vez que, têm previsão em nosso Direito, portanto, tendo em vista que nosso tema abordado é Responsabilidade Civil dos Provedores da Internet e o Direito à Privacidade, introduziremos em nossa parte geral os conceitos, princípios e desenvolvimento histórico a começar pelos Direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade, de acordo com o Código Civil, são aqueles absolutos, vitalícios, intransmissíveis, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Exceto em casos previstos em lei, não podem sofrer limitação voluntária.

De acordo com o Art. 5º, inciso X da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Na definição de Pereira:

A personalidade é atributo inerente ao homem; não requer o preenchimento de qualquer requisito, nem depende do conhecimento ou da vontade do ser humano. Mesmo que o indivíduo não tenha consciência da realidade, é dotado de personalidade, pelo simples fato de ser pessoa (2001, p. 142).

Já para Lenza:

Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, imagem, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social). (2011, p. 888).

Para Diniz, o conceito de direito da personalidade é:

É o direito de cada pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, identidade, liberdade, privacidade, honra, opção sexual, integridade, imagem. É o direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial. (2010, p. 77).

O titular desse direito pode recorrer a ele a qualquer momento, porém, não pode transmiti-lo a ninguém, como por exemplo, fica vedado dispor o próprio corpo. Admite-se apenas, de acordo com a legislação especial, doação de cabelos e de órgãos com finalidade de transplante.

Constitui também aos direitos de personalidade, o direito ao nome e pseudônimo, direito à imagem, à própria voz e o direito à privacidade que trataremos bastante nesta pesquisa.

Finda o direito à personalidade com a morte, apesar de que a Lei ainda protege a memória do morto, concedendo legitimidade ao cônjuge ou aos parentes até o quarto grau para obstar quaisquer atos públicos que exponham o mesmo.

3. Direito à privacidade e o advento da internet

A Internet corresponde a um dos primordiais desenvolvimentos tecnológicos da humanidade, fazendo com que não existam distâncias entre países, levando informações e conhecimento para todos os lugares, modificando o pensamento, a rotina e o comportamento da sociedade. Contudo, o direito muitas vezes não consegue acompanhar concomitantemente, necessitando de uma melhor regulação de uso, analisando os riscos perante a sociedade. Dentro deste contexto, observamos o Direito à privacidade e sua importância.

O conceito de privacidade não é único, temos várias posições doutrinárias sobre o tema. De acordo com Marques, “[...] nada mais é do que aquilo que preserva-nos do conhecimento alheio, reserva-nos a nossa própria vivência” (MARQUES, 2008).

Outro conceito de privacidade é o de Bastos:

A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (1999, p. 55-56).

Contudo, observando que o mundo vive em permanente mudança. Logo, o conceito para José Serpa de Santana Maria não é o mesmo:

Um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primordialmente dentro do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pelo resguardo contra a ingerência ou molestamento malévolo alheio, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para razoável exclusão do conhecimento público, de dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares. (1987, p. 55).

O direito à privacidade é de suma importância, uma vez que apesar de ser considerado para algumas pessoas como um capricho individualista, ele também tem caráter social contribuindo na preservação dos limites nas relações sociais.

Assim, podemos afirmar que a proteção da privacidade não é proveniente do interesse individual de cada um, mas de um interesse social em protegê-la. A forma como tratamos o direito à privacidade molda a sociedade. Devemos entender que o direito à privacidade, além de direito do indivíduo, é um elemento do corpo social. (VIDAL, 2010).

Com isso verificamos que o direito à privacidade não pretende apenas proteger exclusivamente um indivíduo e sim a coletividade, mostrando onde começa e termina o direito de cada um.

Como destaca Leonardi:

Isso significa que não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da estrutura social. A privacidade não é valiosa apenas para a vida privada de cada indivíduo, mas também para a vida pública e comunitária. (2012, p. 122).

3.1. Conceito de Internet

Leonardi classifica Internet como:

[...] uma rede internacional de computadores conectados entre si. É hoje um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, com um nível de interatividade jamais visto anteriormente. (2005, p. 11).

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) define a Internet como:

[...] nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *'software'* e os dados contidos nestes computadores [...]. (Norma 004/95).

Nesse sentido, Pedro Alberto de Miguel Asensio diz sobre a internet:

[...] constitui um emaranhado mundial de redes conectadas entre si de modo a tornar possível a comunicação quase instantânea de qualquer usuário de uma dessas redes a outros situados em outras redes do conjunto, tratando-se de um meio de comunicação global [...]. (2010, p. 27).

Podemos dizer, portanto, que a Internet é um conjunto mundial de recursos tecnológicos que possibilitam acesso a serviços e informações em qualquer lugar do mundo por meios de páginas de *web sites*, não existindo governo, entidade que a controle absolutamente. Esta regulamentação é realizada individualmente dentro de cada País,

estabelecendo suas próprias regras e responsabilidades, contudo, em casos de investigações a crimes cibernéticos, é possível que os sistemas jurídicos se unam para facilitar e ajudar a combater esses atos ilícitos.

Com a finalidade de entendermos a responsabilidade de cada provedor, será necessário aprendermos algumas noções básicas do funcionamento da internet.

[...] a Internet não é uma entidade física ou tangível, mas sim uma rede gigante que interconecta inúmeros pequenos grupos de redes de usuários conectados por sua vez entre si. É, portanto, uma rede de redes. Algumas das redes são fechadas, isto é, não interconectadas com outras redes ou usuários. A maior parte das redes, no entanto, está conectada através de redes que, por sua vez, estão conectadas a outras redes, de maneira que permitam a cada um dos usuários de qualquer delas comunicar-se com usuários de quaisquer outras redes do sistema. Esta rede global de usuários e redes de usuários vinculados é conhecida como Internet [...]. (GONZALEZ, 2010, p. 22).

3.2. Direito à liberdade de expressão

É comum e necessária para o ser humano a comunicação, assim como expor suas opiniões e seus ideais sobre quaisquer assuntos, tanto profissionais quanto pessoais, seja qual for sua relevância. Isso se chama Liberdade de Expressão.

A Liberdade de Expressão está prevista no art. 5º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, e trata-se de um direito limitado. Não é absoluto, ou seja, o titular não pode fazer tudo o que quiser. O mesmo deverá ter limites. Deve-se fazer apenas aquilo que não está proibido em lei.

Conforme José Afonso da Silva:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. (...) Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade (2003. p. 232).

A Constituição de 1988 traz diversas normas sobre o tema das liberdades de informação e de expressão, das quais podem ser destacados os seguintes dispositivos:

Art. 5º. (...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

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

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Essa liberdade pode ser usada para nos trazer benefícios, mas também pode ser muito maléfica. Contudo, o que precisamos é de limites para essa liberdade, pois muitas vezes indivíduos se acham no direito de atacar aqueles que não concordam com a própria opinião, ou então àqueles que propagam páginas na internet que incentivam o preconceito, violência contra negros, idosos, homossexuais, pessoas que aliciam crianças, entre outros. A liberdade não pode ser usada com finalidade de tirar a liberdade do outro, pois a partir do momento que você abusa dessa liberdade, você não está exercendo liberdade de expressão e sim de opressão.

É justo salientar que a liberdade na internet traz muitos benefícios também. Quando a mesma é promovida pelo bem pode promover campanhas de ajuda ao próximo, mover medidas judiciais, dentre outros.

É importante não confundirmos a liberdade de expressão com irresponsabilidade, pois não são só hackers, pedófilos e estelionatários que cometem o crime digital. Quem compartilha conteúdos impróprios e calúnias está sujeito também a punição. Vale ratificar que todos esses atos são passíveis de indenizações.

3.4. Limites entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade

Conforme já estudado em tópicos anteriores os direitos à livre expressão e intimidade são básicos e estão garantidos ao ser humano, porém, por não serem absolutos precisam de limites e respeito.

Utilizamos essa liberdade na internet a fim de nos manifestarmos sobre qualquer assunto, nos apresentarmos, mostrando quem somos, o que fazemos e o que gostamos. Contudo, o mau uso desse direito gera conflitos e muitas vezes injustiças. O mesmo deve tomar cuidado para não conflitar com o direito à privacidade, que é o direito que temos de não expor nossas intimidades.

Aparentemente os dois direitos vivem em conflitos, porém, os mesmos possuem o apoio normativo em um mesmo estatuto jurídico, que é a Constituição, portanto diz o Desembargador Sergio Cavalieri Filho:

[...] sempre que os princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmônica, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e da comunicação contrapõe-se o direito a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos. (TJRJ, Apelação Cível nº 760/96 - RJ, 2ª Câmara Cível, rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO).

Observamos então, que o que necessitamos é de um equilíbrio. Ambos os direitos são fundamentais, porém não absolutos. As notícias, textos, informações, campanhas e opiniões são extremamente importantes. Não obstante, a vida privada da pessoa está restrita apenas a quem ela autorizar, assim sendo, ressaltamos que a liberdade não pode agredir outros direitos. Um direito termina onde o outro começa.

Sobre o direito à privacidade, Gilmar Ferreira Mendes ressalta:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autos superação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há

muito menos como o indivíduo se auto avaliar, medir perspectivas e traçar metas. (2011, p. 315-316).

Quando verificamos esta colisão de interesses e ideias opostas na Constituição, confirmamos a necessidade de uma ponderação, proporcionalidade e razoabilidade.

Quando há necessidade de uma tomada de decisão referente ao um caso concreto, além de aplicar o que está previsto na lei, é de suma importância observarmos os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e interesse público.

Sobre o princípio da proporcionalidade discorre o Humberto Bergmann Ávila:

Um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados. (1999, p. 27).

Para o autor, a proporcionalidade não é um princípio, já sobre o princípio da razoabilidade diz: “Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça”. (ÁVILA, 1999, p. 50).

Com finalidade de resguardar o interesse público, é necessário, quando há colisão de interesses, observar o que a sociedade deseja, com relação a isto, Magalhães Filho fala:

Antes de tudo, convém observar que entre normas principiológicas não há antinomia. A colisão entre direitos fundamentais num caso concreto, por exemplo, não é solucionada pela exclusão de um em proveito do outro, mas, sim, pela ponderação axiológica, harmonização prática ou solução de compromisso. A despeito de haver contrariedade entre os princípios, eles não se contradizem. A contradição não admite meio termo (ex. quente e não quente), daí porque é necessária a exclusão de um polo quando se reconhece o outro, em respeito ao princípio lógico da não contradição („uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto?). A contrariedade admite meio termo (ex.: quente e frio), razão pela qual se pode encontrar uma solução dialética para ela (morno para o exemplo dado). (2009, p. 91-92).

Com isso, analisamos que não há hierarquia entre os princípios, devemos avaliar cada caso e verificar qual princípio se adequará, visando àquele que sofrerá menos consequências e opressão.

4. Violação dos direitos da privacidade no âmbito da internet

Como consequência desse avanço tecnológico e informações em massa vem o sério risco de ter sua vida íntima exposta ao público. Nos dias de hoje, essa questão se torna cada vez mais complicada, posto que, nas páginas e sites mais acessados requerem cada vez mais informações do usuário, nome, identidade, idade, sexo, relacionamento, o que gosta de fazer. Além disso, as redes permitem até colocar a informação do lugar em que se encontra instantaneamente, tornando-se cada vez mais invasiva a privacidade do indivíduo e acarretando problemas ao Judiciário.

Com esta facilidade de informações do usuário, vários crimes são cometidos pela internet, tais como calúnia, difamação, estelionato, roubo de dados dentre outros. Um vídeo, foto ou informação postada na internet pode nunca ser deletada definitivamente, visto que, uma vez postada, a mesma perde o controle sobre ela, pois pode ser salva por outros, compartilhada, postada novamente, etc. Gera-nos muita insegurança, uma vez que não temos nenhuma legislação específica que trate do tema ou limite as atividades dos usuários, com isso, o bem mais atingido é sem dúvida a privacidade.

De acordo com Leonardi:

A falta de regulamentação e a ausência de tecnologia adequada para combater os casos de violação da privacidade dificultam a prevenção e repressão a estes atos ofensivos. Esse quadro é particularmente preocupante em relação à privacidade, cuja violação é exponencialmente facilitada pelas mesmas características e peculiaridades que tornam a internet tão atraente, a tremenda facilidade de disseminação, de busca e de reprodução de informações em tempo real, sem limitações geográficas aparentes. (2012, p. 42).

Um dos grandes problemas nesse meio virtual é que há uma enorme dificuldade de identificar a fonte inicial veiculada de uma informação, dado, imagens, entre outros. E diante da rápida propagação, muitas vezes o ato se torna impune, uma vez que essa transmissão de informações não tem fronteiras, pode ocorrer por toda parte do mundo.

Outro obstáculo para a regulamentação da internet é a complexidade do reconhecimento da identidade do usuário, por essa razão que a norma aplicada no mundo real pode não ter a mesma validade que no mundo virtual.

A Internet, tendo em vista suas características, impossibilita, a princípio, que se saiba exatamente quem é o usuário, onde ele se encontra ou o que está fazendo, pois não há uma vinculação entre a identidade, a localização e o comportamento de um usuário pelo endereço IP (Internet Protocol) por ele utilizado. Por esse motivo, se tem a errônea impressão de que não há formas de se regular de maneira eficaz a Internet, pois o Judiciário necessita dessas informações para atuar, como explica Leonardi:

Se não há uma maneira de saber quem alguém é, onde ele está, nem o que fez ou está fazendo, o sistema jurídico – que é dependente dessas informações para exercer sua força coercitiva – parece perder sua efetividade. (2012, p. 157).

Consideramos, portanto, que se essa privacidade continuar sendo afetada é muito provável que a sociedade perderá sua identidade, destruindo a intimidade de cada um.

5. Responsabilidade civil: conceito, pressupostos e modalidade

A responsabilidade civil é o dever de reparar o dano causado a outrem, ou seja, está comparada à consciência de não prejudicar o outro. O artigo 186 do Código Civil diz “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Conforme Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (2007, p.114).

Já para Plácido Silva o conceito de responsabilidade civil é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção. (2010, p. 642).

A responsabilidade civil pode ser classificada como objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual.

A responsabilidade civil objetiva é aquela que não precisa comprovar culpa para que haja obrigação de indenização, já na responsabilidade subjetiva é necessária a comprovação da culpabilidade. Se caso não conseguir comprovar essa culpa, não há que se falar em indenização. Na responsabilidade civil contratual, ambas as partes que pactuaram o contrato devem obedecer às regras estabelecidas, já na extracontratual que pode também ser chamada de aquiliana ou delitual representa quando ocorre um ato ilícito, seja ele qual for e acaba causando dano a uma terceira pessoa.

A base fundamental da responsabilidade civil são os seus pressupostos, quais sejam: a conduta (ação ou omissão), o nexo de causalidade o dano e a culpa.

Distinguimos que a conduta é o ato de ação ou omissão que causa dano a outrem, de acordo com Maria Helena Diniz:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (2005, p. 43).

Em relação à conduta humana, Silvio Rodrigues comenta:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo. (2002, p. 16).

O nexo de causalidade tem grande relevância na responsabilidade civil e no dever de indenização. É um vínculo de causa e efeito entre a conduta realizada e o resultado.

Silvio de Salvo Venosa conceitua o nexo causal como:

O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. (2003, p. 39).

Logo, é preciso que haja um vínculo entre o ato, seja ele comissivo ou omissivo com o dano, com intuito deste ato ser classificado como causa do dano.

Maria Helena Diniz (2003, p. 112) conceitua dano como a “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”.

Conforme o ensinamento de Sergio Cavalieri:

O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar. (2008, p. 71).

Não há que se falar em indenização sem haver o dano, por isso que é um dos elementos bastante importantes, assim sendo, o mesmo é dividido em dois: o dano patrimonial, também lembrado como material, pois é aquele que causa destruição ou diminuição de um bem; e o dano extrapatrimonial que é aquele chamado de moral, uma vez que está ligado a um bem que não é mensurável e não tem caráter econômico.

Silvio de Salvo Venosa diz:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima. (2003, p. 28).

Rui Stoco conceitua a culpa como:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*) (2007, p. 133).

Na responsabilidade civil a culpa se identifica quando o responsável pelo dano não tinha intenções de provocá-lo, mas por algum motivo como negligência, imperícia ou imprudência, causou e então deve repará-lo.

A responsabilidade civil sempre existiu em seu conceito de reparar danos. A forma de reparar o dano que foi modificando ao longo do tempo. Ela vive em constantes mudanças com finalidade de atender as necessidades que surgem diariamente.

Para Gagliano:

A origem do instituto da responsabilidade civil parte do Direito Romano e está calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido (2003, p. 11).

Em princípio podíamos identificar a chamada Pena de Talião, que se baseia no princípio de 'Olho por olho e dente por dente', porém, devido à evolução deste instituto o poder Público passou a intervir, permitindo ou não a aplicação dela. Hoje, esta responsabilidade é tratada em nosso Ordenamento Jurídico pelo Código Civil e está dividida em diferentes espécies, conforme já tratado nesta pesquisa, tais como: subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual.

Contudo, esta pesquisa foca na análise da responsabilidade civil dos provedores de internet, que se enquadra na espécie de responsabilidade pelo fato de serviço que deriva a relação de consumo.

6. Relação jurídica entre usuários e provedores de internet

Relação jurídica, conforme diz Roberto Senise Lisboa, "é o vínculo ou liame de direito estabelecido entre duas partes, através do qual se viabiliza a transmissão provisória ou permanente de algum bem". (2006, p. 177).

A relação entre provedor e o usuário de internet representa uma relação de consumo, dado que, o provedor atua como um fornecedor e o usuário o consumidor. O propósito desta relação é a prestação de serviços. Esta prestação de serviços é pactuada na forma de um contrato, qual libera acesso a *sites*, transmissão de dados, arquivos, imagens, textos, etc., incluindo também os serviços de 'bate papo' instantâneo.

De acordo com o art. 2º do Código do Consumidor, vemos que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Já em seu art. 3º conceituamos o fornecedor:

[...] é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação,

construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

No contrato realizado para esta prestação de serviço deve constar um normativo onde informa as regras referentes à intimidade, obrigações de ambas as partes, expondo ainda que se caso houver quebra dessas regras, infrações cometidas pelo usuário, o provedor poderá a qualquer tempo cancelar esse contrato. Portanto é responsabilidade do provedor, atuar nessas situações jurídicas, devendo o mesmo ter conhecimento dos dados do usuário, monitorando e até mesmo censurando quando necessário, mantendo em sigilo as informações, exceto por mandado judicial por atos ilícitos.

Todavia, é de competência do provedor tutelar os direitos fundamentais como a vida privada, honra, intimidade, imagem, cabendo indenização se caso forem violados.

7. Responsabilidade civil e a cadeia de comunicações: provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo

A problemática do referente artigo é delimitar as responsabilidades perante a cadeia de comunicação, envolvendo os provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem e provedores de conteúdo. A relação jurídica dos provedores de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem é de consumo, já quando se refere ao provedor de conteúdo, apenas quando este provedor exercer sua atividade onerosamente e condicionar o acesso a pagamento prévio que considerará como relação de consumo, contudo, em algumas situações que o referido provedor oferecer o acesso livre e gratuito, não há que se falar de relação de consumo.

Via de regra, para determinar qual é a responsabilidade de um provedor de internet pelos atos ilícitos cometidos, é necessário à análise de seus deveres, ou seja, devemos verificar se os mesmos estão cumprindo com as suas obrigações e trabalhos, uma vez que, não cumprido o acordado em contrato, ele deverá responder solidariamente ao agente causador do dano.

Após esta análise, se caso o provedor agiu conforme estabelecido, cumprindo com seus deveres, nos resta verificar sua função, se é transmitir, editar ou distribuir o conteúdo. Diante disto, ainda precisamos examinar se essa responsabilidade é objetiva ou subjetiva?

Há diversos argumentos e teorias que são levantados por aqueles que querem responsabilizar os provedores de serviços de internet. Iremos analisar caso a caso referente à aplicabilidade da reponsabilidade objetiva e subjetiva de cada provedor.

No art. 927 do Código Civil Brasileiro, se estabelece a responsabilidade objetiva para casos que em a atividade, por sua natureza implicar riscos:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Este parágrafo afasta a ideia de culpa e adota a teoria de risco como fundamento da responsabilidade civil dos provedores. Já a teoria da responsabilidade subjetiva, encontraremos nos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Para Caio Mário da Silva Pereira, a ideia fundamental da teoria do risco criado pode ser assim resumida: “cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deveria responder por suas consequências danosas” (2016, p. 144).

Na teoria de risco, a vítima deve demonstrar o nexo de causalidade entre a atividade do agente e o dano. Deve evidenciar a ligação da conduta e dano. Sem a relação de causalidade não podemos falar sobre o dever de reparação, tanto na responsabilidade objetiva quanto na subjetiva.

Caio Mário da Silva Pereira adverte:

Da mesma forma que, na doutrina subjetiva, o elemento causal é indispensável na determinação da responsabilidade civil, também na doutrina objetiva fenômeno idêntico há de ocorrer. A obrigação de indenizar existirá como decorrência natural entre o dano e a atividade criada pelo agente. O vínculo causal estabelecer-se-á entre uma e outro. Num dos extremos está o dano causado. No outro, a atividade do agente causadora do prejuízo. (1999, p. 56).

José de Aguiar Dias destaca:

[...] a culpa exclusiva de terceiro ou da vítima desfaz em relação ao indigitado responsável a causalidade e, sem causalidade, seja objetivo, seja subjetivo o critério a adotar, não se pode reconhecer a obrigação de indenizar. (2011, p. 22).

Analisamos então que no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da culpa continua como a regra básica de responsabilidade civil, sendo aplicada em diversas situações, ou seja, a responsabilidade subjetiva.

Conforme mencionado acima, de acordo com o art. 927 do Código Civil, concluímos que não podemos considerar a atividade dos provedores como atividade de risco.

Como constata Erica Brandini Barbagalo:

As atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são atividades de risco por sua própria natureza, nem implicam em riscos para direitos de terceiros maiores que os riscos de qualquer atividade comercial. E interpretar a norma no sentido de que qualquer dano deve ser indenizado, independente do elemento culpa, pelo simples fato de ser desenvolvida uma atividade, seria, definitivamente, onerar os que praticam atividades produtivas regularmente, e conseqüentemente atravancar o desenvolvimento. (2003, p. 12).

Para melhor entendimento, abordaremos a natureza jurídica e responsabilidade civil de cada provedor a seguir.

7.1. Provedor de acesso

O provedor de acesso, também conhecido como provedor de conexão é uma pessoa jurídica responsável pela liberação de acesso à internet a seus consumidores. Exemplos desses provedores são: Net, Algar Telecom, Tim, Claro, Vivo dentre outros.

Referente a este provedor, informa Fernando Antônio de Vasconcelos:

[...] provedor de acesso é a instituição que se liga à internet, partindo de um “ponto-de-presença” ou outro provedor, para obter conectividade IP e repassá-la a outros indivíduos e instituições, em caráter comercial ou não. O provedor de acesso torna possível ao usuário final a conexão à internet através de uma ligação telefônica local. Em suma, provedor de acesso é aquele que serve obrigatoriamente de elemento de ligação entre o internauta receptor e o internauta emissor. Não resta dúvida de que um provedor de acesso é também um prestador de serviços técnicos engajado contratualmente como intermediário entre os utilizadores de internet. (2017).

A remuneração do serviço prestado de um provedor de acesso pode ser de forma direta, onde se é pago pelo próprio usuário, ou de forma indireta através das operadoras telefônicas ou anunciantes.

Não obstante, no que diz respeito à relação jurídica, Marcel Leonardi aborda:

A relação jurídica existente entre o usuário e o provedor de acesso é de consumo. O usuário é o destinatário final do serviço, enquanto que o provedor de acesso, por prestar serviços, enquadra-se na categoria de fornecedor. Note-se, ainda, que normalmente os contratos celebrados entre provedores de acesso e usuários são

contratos de adesão, não permitindo a discussão ou modificação de suas cláusulas, restando ao consumidor apenas optar pelas modalidades de serviço preestabelecidas pelo fornecedor. (2005, p. 67).

Em casos de falhas ou quebra de contrato na prestação de serviços deste provedor, tais como encerramento, pausas na conexão, divergência na velocidade da transmissão de dados contratada, diferença na qualidade do serviço entre outros, é de responsabilidade do provedor de acesso reparar o dano ao usuário.

Responderá também, o provedor de acessos em casos de quebra de sigilo de dados e informações cadastrais dos usuários.

Em casos de danos irreparáveis por parte dos provedores de acesso, os mesmos deverão indenizar integralmente pelo prejuízo e moralmente. Se o dano for reparável, a indenização compatível ao dano.

De acordo com o Código do Consumidor, não autorizam a responsabilidade objetiva ao provedor de acesso, uma vez que o mesmo apenas fornece o acesso a internet, não exerce edição, tampouco monitora as informações trafegadas. Portanto a responsabilidade do mesmo se torna subjetiva.

7.2. Provedor de correio eletrônico

Quanto aos provedores de correio eletrônico são organizações, pessoas jurídicas que oferecem os serviços de internet que possibilita o envio de mensagens de seus usuários para seus respectivos destinatários. Para esse serviço é preciso apenas se cadastrar com o nome de usuário e a senha. Alguns exemplos destes provedores são: Hotmail, Yahoo, Gmail.

É importante não confundirmos com os provedores de hospedagem que falaremos a seguir, posto que ele oferece o mesmo serviço, porém, de forma remunerada.

O provedor de correio eletrônico tem como função armazenar as mensagens recebidas, notificar e enviar. Tem a obrigação de manter estas em sigilo, autorizando o acesso apenas ao usuário contratante, protegendo-as impedindo acesso de terceiros. Porém, após enviado qualquer conteúdo ou mensagem, essa proteção se torna difícil, pois, não há possibilidades de um controle de quantas vezes será enviada por outros destinatários e até mesmo arquivada.

A correspondência eletrônica tem o mesmo tratamento da correspondência usual, de acordo com o inciso XII do Art. 5º da Constituição Federal.

Sobre a inviolabilidade da correspondência eletrônica, afirma Roberto Senise Lisboa:

O fornecedor de serviços via Internet deve tomar todas as precauções cabíveis para assegurar a inviolabilidade da correspondência, em acompanhamento à evolução tecnológica de garantia da reserva da intimidade do usuário do sistema. Assim, o

provedor tem uma responsabilidade que, nesse passo, se aproxima da responsabilidade do agente de comunicação telefônica e dos correios convencionais, porém distanciando-se daquela que ordinariamente é conferida ao agente de telecomunicações em geral. (2006, p. 12).

Portanto, este provedor é responsável pelos prejuízos da prestação de serviços, como erros, perdas ou falhas, no conteúdo, envio e recebimento de mensagens, acessos indevidos e violação de terceiros.

Com relação à responsabilidade do provedor de correio eletrônico, Erica Brandini Barbagalo salienta:

[...] não há que se responsabilizar o provedor de e-mail por mensagens que tragam consigo os chamados vírus ou outros arquivos ou programas danosos aos equipamentos de usuários, pois, como dito acima, o provedor não tem obrigação de filtrar as mensagens recebidas pelos seus usuários. Todavia, se o usuário contratar do provedor de serviços a proteção de recebimento de programas danosos, através da utilização de redes com as competentes estruturas de firewall, será responsável o provedor de e-mail em manter seus servidores devidamente atualizados com as mais avançadas técnicas disponíveis. (2003, p. 274).

Por conseguinte, o provedor de correio eletrônico em casos de danos irreparáveis deverá reparar o prejuízo integralmente moral e financeiro. No entanto, se este causar apenas insatisfação, reparará parcialmente equivalendo ao valor do prejuízo.

O art. 931 do Código Civil aplica a responsabilidade civil aplica a responsabilidade objetiva: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

No entanto, não podemos considerar a responsabilidade objetiva para os provedores de correio eletrônico, uma vez que, não se pode responsabilizar o provedor pela conduta danosa praticada pelo usuário que utilizou esse serviço de maneira errada. Portanto, nesse sentido consideramos a responsabilidade do provedor de correio eletrônico, subjetiva também, e nestes casos de infrações, é dever do provedor excluir definitivamente a conta do *e-mail* de quem cometeu a infração.

7.3. Provedor de hospedagem

O provedor de hospedagem se assemelha com o provedor de correio eletrônico, porém, há muitas diferenças a serem destacadas. O mesmo é pessoa jurídica que fornece serviços com a função de armazenar dados em seus próprios servidores, possibilitando acesso destes dados a usuários e em alguns casos a terceiros, eles podem também locar

equipamentos e servidores conforme condições preestabelecidas. Um exemplo deste é UOL.

Referente à responsabilidade civil deste provedor, defende Marcel Leonardi:

[...] o provedor de hospedagem não é a pessoa jurídica responsável pela criação, desenvolvimento, atualização e manutenção do web site contratado pelo provedor de conteúdo e, como tal, não pode ser obrigado a garantir seu funcionamento em caso de defeitos ou falhas existentes na programação ou no código-fonte das páginas, criadas que foram por terceiros. A pessoa natural ou jurídica que cria e desenvolve um *web site* (e que por vezes é também encarregada de sua manutenção e atualização) chama-se web designer. A ela devem ser exclusivamente imputados eventuais falhas ou defeitos existentes no código-fonte do *web site* que impeçam seu perfeito funcionamento. (2005, p. 107).

Porém, quando falamos de reponsabilidade civil deste provedor em relação aos ataques ou invasões de terceiros, observações que altera os conceitos.

Sobre o tema, ressalta Adalberto Simão Filho:

[...] no momento atual de desenvolvimento tecnológico, segundo se apura através de notícias e informes de órgãos especializados, não é possível se obter a certeza absoluta de que a invulnerabilidade de um site ou de uma rede seja fato concreto. [...] assim sendo, não pode o fato da invasão ser visto como imprevisível ou imprevisto. A situação atual onde parece inevitável o ataque hacker ou uma invasão, não deve configurar que ao fato se atribua características próprias daquelas que levam à excludência da responsabilidade. (2000, p. 73).

Já segundo Antonio Lago Junior, diz:

[...] não vemos razão para não se admitir, excepcionalmente, a invasão como causa excludente da responsabilidade do provedor [...] ou do proprietário do site, devendo, assim, a responsabilidade pela reparação dos danos recair sobre o invasor, se puder ser encontrado. Bastantes que para isso o provedor [...] prove que o dano não decorra de qualquer conduta sua, que diligenciara para propiciar ao consumidor a tecnologia de segurança mais avançada e dor recursos disponíveis, à época, para impedir a invasão. Por oportuno, observe-se que nem mesmo os objetivistas mais ferrenhos, partidários da teoria do risco criado, prescindem do nexó de causalidade entre a conduta do agente, suposto causador do dano, e o prejuízo efetivamente sofrido. (2002, p. 22).

Conclui-se então que este provedor se responsabiliza pelos danos causados devido a erros, falhas na prestação de serviços, problemas técnicos e, assim como os outros provedores mencionados acima, repara os danos irreparáveis de forma integral e se houver apenas aborrecimento, o dano deverá ser reparado proporcional. Percebe-se então que a responsabilidade civil deste provedor por atos ilícitos causados por seus usuários é subjetiva.

7.4. Provedor de conteúdo

Por fim, não menos importante, falaremos do provedor de conteúdo.

O provedor de conteúdo também é conhecido como provedor de informação, porém, para Leonardi os mesmos são distintos e o mesmo conceitua da seguinte forma:

O provedor de informação é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo. O provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem. Dessa forma, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza. (2005, p. 115).

O provedor de conteúdo é a pessoa natural ou jurídica que libera e dá acesso na internet toda e qualquer informação criada pelos provedores de informação. Já o provedor de informação é o autor da informação.

As informações deste provedor podem ser tanto gratuitas quando onerosas.

A responsabilidade do referido provedor é zelar, proteger e controlar as informações disponíveis em seus *web sites* observando o autor efetivo e o provedor de informação. Ele deve prestar esclarecimentos a respeito de seus serviços e produtos, vedando propagandas enganosas.

Vale ressaltar que o provedor de conteúdo tem responsabilidade solidária com o provedor de informação. Estes são responsáveis pelas informações de terceiros quando exercem o controle de editar o que é disponibilizado em seus *sites*, porém, em muitos casos, estes conteúdos publicados por seus usuários não são verificados e monitorados, nem mesmo editados, então, nesses casos a punição é somente para quem publica, pois a informação foi passada, sem aprovação.

Diante disso, se o comportamento do ato ilícito é exclusivo do causador, a responsabilidade é subjetiva. Porém, em casos que o provedor receber vantagens e

intermediar a situação, ele responderá de acordo com o artigo 932, inciso V e 933 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...] V – os que os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

8. Conclusão

Na primeira parte do trabalho abordamos sobre conceito de internet, seus desafios, direito à privacidade no meio virtual, liberdade de expressão e seus limites. E com isso, restou claro que com a evolução tecnológica surgiram vários problemas para o nosso ordenamento jurídico, conforme trouxemos na presente pesquisa e certamente não há como trazer uma solução definitiva para todas essas questões.

O direito da imagem é um direito de cada um sendo protegido e tutelado no âmbito civil e constitucional, seja no meio virtual ou real, cabendo a reparação do dano caso violado, Apesar de mostrar não ser tão eficaz neste mundo virtual tal proteção, ressaltamos a necessidade de normas específicas.

Contudo, observamos também que os provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem e provedores de conteúdo, via de regra não podem se responsabilizar por atos de seus usuários, ou seja, aplica-se a responsabilidade subjetiva, porém, na hipótese de intermediação dos provedores de conteúdo, a responsabilidade pode ser objetiva.

No entanto, não há um controle absoluto e regulamentos quando o assunto é internet, mas existem diversas entidades, jurisprudências, Código Civil, Constituição Federal, Código de defesa ao Consumidor com ajuda de seus princípios legais com intuito de encontrar soluções para responsabilizar cada um pelo dano causado, em prol de uma sociedade melhor e uma convivência pacífica.

9. Referências bibliográficas

ANATEL – **Agência Nacional de Telecomunicações**, Norma 004/1995.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, **Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**, Porto Alegre, Síntese, nº 1, Coleção Acadêmica 9, 1999. p. 27-54.

BARBAGALO, Erica Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Org.). **Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 set. 2017. SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 42.822, de 20 de fevereiro de 1998. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 217-220., 1998. BRASIL. Código Penal, de 1940. Título IX, Capítulo I, Art. 927.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p.292.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 3.

GONZÁLEZ, Paloma Llana. **Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación**. Barcelona: Bosch, 2000.

LAGO JÚNIOR, Antônio. **Responsabilidade civil por atos praticados na internet**. São Paulo: LTR, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo, Método, 2011.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MARIA, José Serpa de Santana, **Direito de personalidade e a sistemática civil geral**. São Paulo: Julex Livros, 1987.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. Direito à intimidade e privacidade. **Jus Vigilantibus**, Vitória, fev. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12848>. Acesso em: 19 out. 2017.

MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de. **Derecho privado de internet**. Madrid: Civitas, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1.

_____. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIBEIRO, Bastos Celso. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do site ou da rede: inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito ou força maior. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org). **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Análise da responsabilidade do provedor de acesso à internet**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9458>. Acesso em: 2 set. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.4.

VIDAL, Gabriel Rigoldi. Regulação do direito à privacidade na internet: o papel da arquitetura. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2688, 10 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17798>>. Acesso em: 28 out. 2017.

El sistema de responsabilidad política, administrativa y funcional del régimen constitucional brasileiro de 1824: prototipo de los modelos de responsabilidad de las constituciones brasileiras

Alexandre Walmott Borges¹

Fabiana Angélica Pinheiro Câmara²

Wilcon Algéis Luciano Abreu³

Resumo: El objeto de investigación de este artículo son las formas de responsabilidad política, funcional y administrativa de los agentes públicos en el régimen constitucional brasileiro del Imperio (1824 hasta 1889). El abordaje del tema se hace por contextualización de diversas formas de responsabilidad política, funcional y administrativa como formas propias del Estado de Derecho. El texto inserta estas diversas formas de responsabilidad dentro del estrato temporal e histórico del régimen constitucional de 1824, con la narración de estas formas de acuerdo con las propiedades e indicadores descriptivos de la materialidad de las normas de aquel período. Después, se hace la descripción cualitativa de las diversas formas de responsabilidad de este sistema constitucional, ordenándolas de acuerdo con los agentes envueltos y de acuerdo con el ejercicio funcional de los agentes, presentando diversos sistemas peculiares de responsabilidad a los diversos agentes públicos de aquel período. Los resultados provisionales muestran que el sistema imperial de responsabilidad sirvió de modelo a los sistemas de responsabilidad del período republicano, inclusive parcialmente al actual sistema de responsabilidad vigente en la constitución de 1988. A lo menos los prototipos procesales y de ordenación de las normas de derecho material fueran institucionalizados en el régimen de 1824. Hay una parte de contextualización de la responsabilidad del Estado de Derecho, la investigación teórica, con revisión bibliográfica sobre el tema. En la secuencia, el proceso de realización del texto es inductivo, extrayendo de las fuentes

¹ Profesor de los programas de maestría en Derecho y Gestión Organizacional de la UFU - Universidad Federal de Uberlândia. Profesor visitante de la maestría en derecho de la UNESP - Universidad Estadual Paulista Júlio de Mesquita F. Doctor en Derecho por la UFSC - Universidad Federal de Santa Catarina. Doctorado en Historia por la UFU - Universidad Federal de Uberlândia. Investigador Líder del Laboratorio Americano de Estudios Constitucionales Comparados. Investigación del artículo realizada con recursos de la FAPEMIG - Fundación de Apoyo a la investigación en el Estado de MG y de Seminario patrocinado por CAPES. walmott@gmail.com. Av. João Naves de Ávila n.º 2121, edificio de la rectoría, 3.º piso, Propp, Uberlândia, MG.

² Doctorado en Historia Social por la UFU - Universidad Federal de Uberlândia. Graduada en Administración por la Universidad de Viena. Maestra en Negocios Internacionales por la Universidad de Reading, Inglaterra. Investigador del Laboratorio Americano de Estudios Constitucionales Comparados. camara.fabiana@gmail.com. Av. João Naves de Ávila n.º 2121, edificio de la rectoría, 3.º piso, Propp, Uberlândia, MG.

³ Mestrando de la UFU - Universidad Federal de Uberlândia. lucianowilcon@gmail.com. El presente trabajo fue realizado con apoyo de la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior - Brasil (CAPES), Código de Financiamiento 001.

documentarias descripciones exhaustivas sobre las formas de responsabilidad adoptadas, en concreto, en el régimen constitucional de 1824. Las fuentes de investigación fueron las bibliográficas de teoría política, teoría constitucional, especialmente en el abordaje y contextualización de Estado de Derecho, con periódicos como fuentes auxiliares; en la parte de problematización de las formas de responsabilidad del régimen de 1824, la fuente principal son los documentos legislados y secundariamente los periódicos.

Sumário: 1. Introducción; 2. La responsabilidad política y funcional en el ambiente de Estado de Derecho; 3. Consideraciones generales sobre la responsabilidad política y funcional de agentes públicos; 4. El sistema de responsabilidad política y funcional del Imperio Brasileiro; 5. El sistema de responsabilización funcional de los agentes del Judiciario en el Imperio; 6. La irresponsabilidad del Emperador, la responsabilidad de los Consejeros y Ministros; 7. La Ley imperial de 15 de octubre de 1827; 8. La estructura y el proceso en la Ley Imperial nº 15 de 1827; 9. Conclusión: la permanencia de las estructuras de la responsabilidad del régimen de 1824 en las constituciones posteriores; 10. Obras citadas.

1. Introducción

I governanti fanno credere, e il pregiudizio è antico, che il governo sia strumento di civiltà e di progresso per un popolo. Ma, per chi bene osservi, la verità invece è che tutto il movimento in avanti dell'umanità è dovuto allo sforzo dei singoli individui, della iniziativa anonima delle folle, dell'azione diretta del popolo.

Pietro Gori

El objeto de investigación de este artículo son las formas de responsabilidad política, funcional e administrativa de los agentes públicos en el regirime constitucional brasileiro del Imperio (1824 hasta 1889).

El abordaje del tema se hace por contextualización de las diversas formas de responsabilidad política, funcional e administrativa como formas propias del Estado de Derecho. El texto inserta estas diversas formas de responsabilidad dentro del estrato temporal e histórico del régimen constitucional de 1824, con la narración de estas formas de acuerdo con las propiedades e indicadores descriptivos de la materialidad de las normas de aquel período. Después, se hace la descripción cualitativa de las diversas formas de responsabilidad de este sistema constitucional, ordenándolas de acuerdo con los agentes envueltos y de acuerdo con el ejercicio funcional de los agentes, presentando diversos sistemas peculiares de responsabilidad a los diversos agentes públicos de aquel período. Los resultados provisionales muestran que el sistema imperial de responsabilidad servio de modelo a los sistemas de responsabilidad del período republicano, inclusive parcialmente al actual sistema de responsabilidad vigente en la constitución de 1988. Al menos los prototipos procesales y de ordenación de las normas de derecho material fueron institucionalizados en el régimen de 1824.

En la parte de contextualización de la responsabilidad del Estado de Derecho, trabajamos la investigación teórica con revisión bibliográfica sobre el tema. Por tanto, el

proceso de realización del texto es inductivo, extrayendo de las fuentes documentarias descripciones exhaustivas sobre las formas de responsabilidad adoptadas, en concreto, en el régimen constitucional de 1824. Las fuentes de investigación fueron las bibliográfica de teoría política, teoría constitucional, especialmente en el abordaje de contextualización de Estado de Derecho, con periódicos como fuentes auxiliares; en la parte de problematización de las formas de responsabilidad en el régimen de 1824, la fuente principal son los documentos legislados y secundariamente los periódicos.

2. La responsabilidad política y funcional en el ambiente de Estado de Derecho

La idea general del Estado de Derecho y la sujeción del Estado a las directrices estipuladas por las normas jurídicas. Esta idea general es descompuesta en algunas otras características esenciales para la descripción de un Estado de Derecho. Son consideradas características del Estado de Derecho la existencia de una constitución vinculante de los órganos del Estado; la existencia de una constitución con normas protectoras de derechos fundamentales; la participación funcional de los órganos del Estado⁴; la posibilidad de alguna forma de control de constitucionalidad de los actos y normas; la autonomía funcional de los órganos del Estado; y la responsabilidad del Estado y los agentes del Estado (ROIG, 1999; MIRANDA, 2002; BINGHAM, 2011).

Este último aspecto, la responsabilidad del Estado, se puede realizar en diversos campos o de diversas formas. La existencia de formas de responsabilidad civil del Estado, e.g., permite caracterizar este Estado como un Estado de Derecho. La responsabilidad puede ser tanto de la persona jurídica del Estado como del agente estatal investido de la función⁵. Además de las formas de responsabilidad civil, el Estado de Derecho también presenta formas de responsabilidad penal de sus agentes. Tanto en el caso de la responsabilidad penal, como de la responsabilidad civil, las formas de imputación son correspondientes a las formas de responsabilidad aplicadas a los particulares, con variantes solo en lo que toca a la específica forma de acción de Estado y las posibles consecuencias dañosas en el campo patrimonial (responsabilidad civil), o, en el campo del derecho penal, en la redacción de tipos penales propios, aplicados a la acción de los agentes públicos (MIRANDA, 2002; LOMBA, 2008).

Es en el campo de la responsabilidad administrativa, funcional y política que el Estado de Derecho presenta regímenes o sistemas normativos diferenciados en relación a los campos originales de la responsabilidad civil y penal. El Estado de Derecho presenta sistemas de normas que procuran sancionar acciones políticas o administrativas de los agentes estatales, con la previsión de tipos o de hipótesis normativas que toman las acciones administrativas o políticas como presupuesto de incidencia de normas.

Como existe la diversidad de funciones estatales, desde funciones administrativas a funciones de gobierno, desde funciones políticas a funciones judiciales, existe una pluralidad de subsistemas normativos de responsabilidad de agentes públicos en el Estado

Comentado [Autor des1]: Que es esto?
Há, traducido como "existe" en lugar de "hay", pues en el contexto es mas explicito.
Há, traducido como "existe" en lugar de "hay", pues en el contexto es mas explicito.

⁴ Como disciplina del art. 5º de la constitución de Suíça: ' All of the state are based on and limited by law. State activities must be conducted in the public interest and be proportionate to the ends sought. State institutions and private persons shall act in good faith (THE FEDERAL COUNCIL, 2016).

⁵ Hoy en día, con la emergencia de la orden jurídica internacional hay una diferenciación del que tenga la responsabilidad del ente público y de sus titulares, en tanto, el inicio génesis de la responsabilidad se mantiene, al paso que esa responsabilidad cuando aplicada al individuo, no lo alcanza, en general, en sus dimensiones privadas, mas si públicas.

de Derecho. Hay como ejemplos subsistemas normativos para la sanción a los agentes administrativos, en lo que toca a la violación de deberes funcionales como asiduidad, eficiencia, buen trato a la cosa pública, respeto al patrimonio, entre otros. Otra forma de descripción de esos subsistemas son las normas específicas de reglamento de la acción de los magistrados y agentes de las funciones jurisdiccionales. Finalmente, para ilustrar esos ejemplos, las formas de responsabilidad típicas de los agentes políticos, como las desconfianzas y censuras en los sistemas parlamentarios de gobierno, a los crímenes de responsabilidad en los sistemas presidencialistas.

El objeto de investigación de este artículo es la descripción de los sistemas normativos de responsabilidad funcional, administrativa y política de los agentes públicos, en el primer régimen constitucional brasileiro, el imperio iniciado en 1822-1824. La opción del artículo por considerar el sistema constitucional de 1824 como sistema de un Estado de Derecho lleva en consideración el estrato temporal de este sistema.

Así, algunas características y concepciones de aquel sistema son distintas a las características y concepciones del Estado de derecho de los siglos XX e XXI. Tomándose las dos dimensiones materiales de las constituciones, las normas de derechos fundamentales y las normas de organización del Estado, el sistema de 1824 era: restricto en los contenidos de derechos fundamentales, limitados a los derechos individuales y de nacionalidad; restricto a la inclusión de personas en el universo de sujetos de los derechos individuales, con la persistencia de confiscación de los esclavos y subalternad de las mujeres; restricto a los derechos políticos con la adopción de formas de aferencia patrimonial para la participación como elector o como ocupante de cargos públicos; 'principesco' en la forma de organización de los ingresos y finanzas públicas y, por consecuencia, 'principesco' en la gestión y ejecución de las funciones estatales, retroalimentando a la pequeña élite gobernante; monárquico con 'sombra' de irresponsabilidad del Emperador; constreñido y evidenciado en la amplitud y acciones de los órganos del Estado.

Las diferencias del Estado del régimen constitucional de 1824 al actual no pueden dispensar la consideración de que el actual Estado de derecho también no logra atender algunas características: de igual forma no universaliza los derechos fundamentales (como los derechos sociales); hay zonas de relatividad en la igualdad del actual Estado; también hay apropiaciones 'principescas o burocráticas' de los órganos de recaudación y del ejercicio funcional de los órganos del Estado. Por tanto, el abordaje de las características del Estado de derecho - sumisión a las normas, existencia de constitución, división de órganos, derechos fundamentales - y entendida aquí en sentido avaliativo, descriptivo y no valorativo. Cuando se usa la expresión avaliativo se quiere decir que son analizadas en el artículo si son detectadas la presencia de las estructuras del Estado de derecho, y no la realización de una valoración si son, o no estas estructuras, material e cualitativamente determinantes del Estado de derecho.

La dimensión avaliativa es la descripción con preocupación formal do Estado de derecho, de las estructuras que caracterizan y que el específico objeto de este artículo son las formas de responsabilidad de los agentes públicos en el Estado de 1824. Así que, no abordamos la exploración de elementos substanciales del Estado de Derecho para distinguir, por ejemplo, el Estado liberal del siglo XIX del Estado Democrático de Derecho del siglo XX. El artículo describe como la estructura de responsabilidad adoptada en 1824 - y años siguientes - sirvió de modelo a la tradición constitucional brasileira, en los diversos textos posteriores.

Comentado [Autor des2]: Termino se refiere a principe o primer iniciador.
Dos acepciones para receita, 1- ingresos y entidades recaudadoras

Comentado [Autor des3]: Conciso – evidenciado, hace mas sentido en español

Comentado [Autor des4]: Ha, para esta traducción hace mas sentido en el contexto del idioma español

3. Consideraciones generales sobre la responsabilidad política y funcional de agentes públicos

La responsabilidad política y forma de vinculación gobernante en las reglas de Estado de Derecho, por tanto con manifestación a partir de la afirmación de los Estados con constituciones, después del século XVII y con proliferación en el século XIX (LOCKE, 1998; CONSTANT, 1815). La responsabilidad política y la responsabilidad entre gobernantes y gobernados, derivada del vínculo político entre esos actores (CHEIBUBI e PRZEWORSKI, 1997), con repercusiones sancionatorias o consecuencias jurídicas en el cargo o función de agente, en función de la violación de ciertas atribuciones del cargo, o por realizar conductas típicas ofensivas a la sinecura del cargo, o conductas ofensivas a la existencia o de las estructuras del Estado. Las formas y los sistemas de gobierno imprimen modelos propios a la responsabilidad, variando entre la república y la monarquía, y también entre el sistema unipersonal y el sistema bipartito de gobierno (LOMBA, 2008).

En algunas formas de responsabilidad política, además de las consecuencias jurídicas sobre el cargo existe la imposición de sanciones pecuniarias, restrictivas de derechos, restrictivas de la libertad, o incluso la pena capital. La responsabilidad política es una forma de límite constitucional del ejercicio funcional del agente político. La responsabilidad política tiene procesalística propia y normalizada, variable entre las formas o sistemas de gobiernos adoptados por cada Estado (diferenciando en el presidencialismo y el parlamentarismo). La responsabilidad ocurre en el ambiente propio del Estado de Derecho (LOMBA, 2008).

El sistema de responsabilidad política es destinado a los agentes que por la naturaleza del cargo ejercen funciones típicas de gobierno, o de dirección política del Estado. Lo que se nota es que las formas de responsabilidad política dirigidas a los agentes del Ejecutivo no incluían los agentes del Legislativo, o incluso a los agentes del judicial. Las formas aplicadas a los agentes del judicial y del legislativo son procesal e substancialmente distintas a aquellas del ejecutivo.

Tal perspectiva es explicada por el hecho de que el presidencialismo siempre se presentó como una forma concentrada de poder unipersonal, el trauma del despotismo siempre marcó ese sistema. En cuanto a eso, el legislativo, por su naturaleza colectiva ya contaría con dimensiones internas de actuación para vedar la centralización y, por último, el judicial solo pasa a adquirir mayor relevancia el escenario político en el inicio do séc. XX. Hoy en día, en tanto, se percibe que en un escenario de corrupción sistemática⁶, igualitaria entre los poderes, las formas blandas de responsabilidad política del legislativo y del judicial son perjudiciales para el desempeño político institucional, mientras que las formas de responsabilidad del ejecutivo pueden, frente a un parlamento corrupto, inaugurar fenómenos de control político extraños al presidencialismo.

Al lado de las formas de responsabilidad política existen formas de responsabilidad propias de otras funciones o de otros agentes públicos. Los ejemplos de estas otras formas son las normas propias de los agentes del judicial que potencialmente están introducidos a los dictámenes de responsabilidad relacionados a la prestación jurisdiccional. Aunque en muchos casos el tratamiento de los posibles delitos funcionales

⁶ Expresión utilizada en el sentido conferido por John Wallis (2004). Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w10952.pdf>.

de los magistrados puedan estar redactados en el mismo texto legal de los delitos de los agentes políticos, los tipos y las hipótesis de estos delitos son distintas a aquellas de los agentes políticos. Uno de los elementos que destaca la diferencia entre los agentes del judicial y los agentes políticos es el distanciamiento de la responsabilidad de los magistrados de vínculos representativos con los electores. Como los magistrados no se someten a la rutina de elecciones y sufragio, los delitos que están potencialmente incluidos son mucho más descriptivos de violaciones de las funciones en la prestación jurisdiccional que las posibles frustraciones a los compromisos políticos, o incluso de posibles actos atentatorios a la soberanía o la administración pública.

Por otro lado, la responsabilidad política de los parlamentarios se orienta por razones de censura y eliminación del cargo primeramente ligadas al juicio criminal quizá existente contra ellos. El juicio criminal aquí mencionado no tienen nada de original a los delitos comunes, previstos en la legislación penal ordinaria. Lo que el sistema de los parlamentarios hace es determinar reglas procesales específicas de procesamiento penal - foro privilegiado, el vedado de las prisiones procesales de que la existencia de un sistema de previsión de normas con conductas típicas de violación de deberes funcionales, o de forma específica de responsabilidad política.

Las normas de responsabilidad de los parlamentarios se fueron formando en la historia brasilera por normativas por disposiciones reglamentarias con previsiones normativas que tenían por contenido normativo disposiciones de buenas conductas y padrones éticos (CÂMARA DE LOS DIPUTADOS BRASIL, 1881), o como consecuencia de violaciones de impedimentos de ocupaciones de cargos, de patrocinio de intereses conflictantes con el cargo de parlamentario. Para ejemplificar, las disposiciones sobre decoro parlamentario solo ganarán previsión constitucional y ordenamiento de 1946 (CHERCHI, 2009). La constitución imperial no traía cualquier previsión específica de responsabilidad de los parlamentarios. No había previsión en la constitución de 1824 de que el popular representase o peticionase imputando ilícitos a los parlamentares.

4. El sistema de responsabilidad política y funcional del Imperio Brasileiro

El modelo de responsabilidad política y funcional nacional se inicio⁷ con las normas de Imperio, en la constitución de 1824. El sistema cuadripartido de órganos estatales, dividido entre el moderador, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, sobre decoro parlamentario solo ganarán previsión constitucional en el ordenamiento y para otros agentes públicos específicas modalidades de responsabilidad funcional.

Una posible primera clasificación del sistema constitucional de 1824 divide la responsabilidad política en dos modalidades de responsabilidad. Una de las formas de responsabilidad, fue consecuencia de la adopción del sistema parlamentario del gobierno

⁷ Interesante notar que el camino constitucional de 1824 se asemeja un poco con la Constitución de Reino Unido de Portugal de 1822, en este texto estaban garantizada una semi-autonomía institucional de territorio brasilero, con la existencia de tribunales propios. De esa forma, en lo que se refiere a la responsabilidad política en los primordios del Imperio Brasileiro no existe gran innovación con la Constitución de 1824, existe, en verdad, fuertes inspiraciones de la Constitución del Reino Unido. Para mas detalles sobre el texto de 1822 vide BONAVIDES (2000). Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf> e <http://www.viriatorosromenho-marques.com/Imagens/PDFs/Constituicao%201822-1998.pdf>

en 1847 y que importó en la atribución de responsabilidad al jefe del Consejo de Ministros, y al Consejo:

Crea un Presidente del Consejo de los Ministros.

Tomando en consideración la conveniencia de dar al Ministerio una organización más adaptada a las condiciones del Sistema Representativo: He aquí por bien crear un Presidente de Consejo de los Ministros; cumpliendo al dicho Consejo organizar su Regulación, que será sometida a la Mi Imperial Ovacionar. Francisco de Paula Sousa y Mello, Mi Consejo d'Estado, Ministro y Secretario de Estado de los Negocios del Imperio, el que tenga así entendido, y haga ejecutar. Palacio de Rio de Janeiro en viente de Julio de mil ochocientos cuarenta y siete, vigésimo sexto de la Independencia y del Imperio.

Con la Rubrica de Su Majestad el Emperador. (IMPERIO DE BRASIL DECRETO N° 523, 1847).

La primera forma de responsabilidad descrita en el párrafo anterior, la del parlamentarismo de 1847-1889, era construída con el sistema de responsabilidad política del cual la sanción de pérdida del cargo no era consecuencia de la imputación de delito. Era juicio político realizado de la lógica de confianza-desconfianza, conveniencia y oportunidad.

De manera diferente a aquella típica de los sistemas parlamentarios, el sistema imperial brasilero en el repaso del juicio político de confianza-desconfianza, censura del Jefe de los Ministros, en el Parlamento. Quien hacía el juicio político era el Emperador (HORBACH, 2007). Por esto, se prodigó la expresión de que el sistema parlamentario imperial brasilero era un 'parlamentarismo a las aversiones'.

En la otra forma de responsabilidad política importaba la imputación de conductas ilícitas a los ocupantes de cargos públicos. Ya con relación a esta segunda forma de responsabilidad, con la imputación de delito y las consecuencias, de ahí, la Constitución Imperial hizo previsión de conductas tenidas como ilícitos político-constitucionales para algunos agentes públicos. El sistema de normas con previsión de ilícitos era dirigido a los agentes del Ejecutivo y del judicial.

La segunda clasificado posible es la de que el texto de 1824 imputa la responsabilidad política de los agentes públicos del Ejecutivo que eran los Consejeros de Estado e los Ministros del Gabinete, y de manera diversa la responsabilidad funcional de los miembros del judicial.

5. El sistema de responsabilización funcional de los agentes del Judicial en el Imperio

Los agentes del judicial en el Imperio se sujetaban al sistema de responsabilidad propio de la magistratura, sin el contenido de responsabilidad política idéntico al de los agentes políticos:

Art. 156. Todos los Jueces de Derecho, y los Oficiales de Justicia son responsables por los abusos de poder, y prevaricaciones, que cometieren en el ejercicio de sus Empleos; esta responsabilidad si será efectiva por Ley a reglamentar.

Art. 157. Por soborno, dádivas, malversación, y solicitud de ventaja indebida habrá contra ellos acción popular, que podrá ser intentada dentro del ano, y día por el propio querellante, o por cualquier del Pueblo, guardada la orden del Proceso establecida en la Ley (BRASIL CONSTITUCIÓN DE 1824, 1824).

La Ley de 14 de junio de 1831 definía que competía al/os Regente/s y a los Presidentes provinciales 'suspender a los Magistrados [...] , en Consejos, escuchando al Magistrado, y procediendo en la forma do art. 154 da Constitución'. El artículo 154 de la Constitución imperial mencionado en el texto de la ley determinaba que el Emperador podía suspender a los magistrados acusados de ilícitos funcionales. El que la ley hizo fue extender a los presidentes provinciales la competencia antes atribuida a la Regencia y al Monarca.

En consecuencia, el artículo 11 da Ley nº 16, de 1834 - Hecho adicional -, trató de definir el foro para el juzgamiento de los delitos de responsabilidad de los magistrados:

Art. 11. También compete a las Asambleas Legislativas Provinciales:

§ 7º Decretar la suspensión, y aun así la dimisión de Magistrado, contra quien hubiera queja de responsabilidad, siendo el escuchado, y otorgándose lugar a la defensa. (IMPERIO DE BRASIL LEY Nº 16 , 1834).

En 1840, la Ley de la interpretación otorga una nueva redacción al dispositivo constitucional de la responsabilidad de los magistrados:

Art. 4º En la palabra - Magistrado - que usa el art. 11 § 7º del Acto Adicional, no se comprenden a los Miembros de las Relaciones, y Tribunales Superiores.

Art. 5º En la decretación de suspensión, o dimisión de los Magistrados, proceden a las Asambleas Provinciales como Tribunal de Justicia. Solamente pueden, por tanto, imponer tales penas en virtud de queja, por crimen de responsabilidad a la que ellas están impuestas por Leyes criminales anteriores, observando la forma de proceso para tales casos anteriormente establecida.

Art. 6º El Decreto de suspensión, o dimisión, deberá contener: 1º, el relatorio del hecho; 2º, la citación de la Ley, en que el Magistrado está inmerso; 3º, una suscita exposición de los fundamentos

capitales de la decisión tomada. (IMPERIO DE BRASIL LEY N° 105 , 1840).

6. La irresponsabilidad del Emperador, la responsabilidad de los Consejeros y Ministros

El modelo de responsabilidad política del Imperio de Brasil, el Emperador era irresponsable políticamente: 'Art. 99. La persona del Emperador es inviolable, y Sagrada: Ella no está sujeta a responsabilidad alguna'. (BRASIL CONSTITUCIÓN DE 1824, 1824)

En la Constitución imperial, el Ejecutivo se divide entre la figura irresponsable del Emperador, de acuerdo con el art. 99, y el Ministerio, y era este último sujeto de responsabilidad. El Ministerio debería prestar la guarda de los altos bienes del Estado y no deberían adoptar conductas consideradas reprobables a esos agentes del Estado, determinados por la Constitución Imperial:

Art. 133. Los Ministros de Estado serán responsables

I. Por traición.

II. Por dádivas, malversación, y solicitud de ventaja indebida.

III. Por abuso de Poder.

IV. Por la falta de observancia de la ley.

V. Por los que obraren contra la Libertad, seguridad, o propiedad de los ciudadanos.

VI. Por cualquier disipación de los bienes públicos.

[...]

Art. 135. No salva a los Ministros de la responsabilidad la orden del Emperador vocal, o por escrito. (BRASIL CONSTITUCIÓN DEL IMPERIO DE BRASIL, 1824).

Ademas del Ministerio, existía el órgano de consejo del Emperador que era el Consejo de Estado. El Consejo de Estado tuvo varias composiciones en la Constitución con alteraciones e, inclusive, la supresión en determinado período (IMPERIO DE BRASIL LEY DE 12 DE OCTUBRE DE 1832, 1832; IMPERIO DE BRASIL LEY N° 16 , 1834; IMPERIO DE BRASIL LEY N° 105 , 1840; IMPERIO DE BRASIL LEY N° 234 , 1841).

De la misma forma que el Ministerio, la Constitución prescribía en el art. 143 que 'Son responsables los Consejeros de Estado por los consejos, que dieren, opuestos a las Leyes, y al interés del Estado, manifiestamente dolosos' (BRASIL CONSTITUCIÓN DEL IMPERIO DE BRASIL, 1824).

7. La Ley imperial de 15 de octubre de 1827

Los delitos de responsabilidad del Ministerio estaban disciplinados en reglas específicas por exigencia del artículo 134 de la Constitución Imperial que determinaba que 'Una Ley particular especificará la naturaleza de estos delitos, y la manera de proceder contra ellos' (BRASIL CONSTITUCIÓN DEL IMPERIO DO BRASIL, 1824).

La Ley de 15 de octubre de 1827 definió los delitos de responsabilidad de los Ministros de Estado (IMPERIO DE BRASIL LEY DE 15 OCTUBRE DE 1827, 1827). En la misma ley fueron disciplinadas las reglas de responsabilidad de los Consejeros de Estado. En el caso de los Consejeros de Estado, consideradas las modificaciones (1832), y hasta incluso la extinción en 1834, la última ley sobre el asunto fue la de 1841 (que recreó el Consejo) y traía la siguiente redacción:

Art. 4º Los Consejeros de Estado serán responsables por los Consejos, que dieren al Emperador; opuestos a la Constitución, y a los intereses del Estado, en los asuntos relativos al ejercicio del Poder Moderador; debiendo ser juzgados, en tales casos, por el Senado, en la forma de la Ley de la responsabilidad de los Ministros de Estado. (IMPERIO DE BRASIL LEY Nº 234 , 1841)

8. La estructura y el proceso en la Ley Imperial nº 15 de 1827

La estructura de la ley de responsabilidad de los Ministros y de los Consejeros es la siguiente:

a) Del art. 1º al art. 6º define los tipos de responsabilidad de los Ministros previstos en la Constitución: la traición - art. 1º -; la dación, el soborno, la solicitud de ventaja indebida - art. 2º -; el abuso de poder - art. 3º-; falta de observancia de la ley - art. 4º-; obrar contra la seguridad, la libertad o la propiedad de los ciudadanos - art. 5º -; disipación de bienes públicos - art. 6º.

Como se puede ver, la estructura de las conductas consideradas reprobables, y de los bienes del Estado que merecían especial protección fueron definidas en la Ley de 1827 y se acabaron tornando en modelo general seguido por las normas sobre el asunto en la República.

b) Las sanciones envolvían desde la pena capital, pasando por deshonras públicas, inhabilitación al empleo, prohibición de ocupación de cargos públicos, prisión, suspensión por tiempos variados del ejercicio de cualquier empleo, y la reparación del daño provocado, en los casos en los cuales había daño material.

En estos aspectos la Ley imperial se diferenciaba de las normas adoptadas por las leyes y constituciones republicanas que fueron editadas posteriormente. En la normatividad imperial había la incorporación al sistema punitivo de penas típicas del derecho penal. La responsabilidad ministerial era por tanto penal, administrativa y política, simultáneamente. Así que, el sistema imperial brasileño adoptaba una fórmula que había sido superada en la Inglaterra, ejemplo de sistema monárquico parlamentario.

En la Inglaterra, aunque el 'impeachment' ha surgido como forma de punición criminal de nobles, desde el século XVII había migrado para formas de exclusiva responsabilidad política, sin consecuencias punitivas de sanciones físicas o privativas de

libertad (UK PARLIAMENT, 2016). El sistema imperial nacional discrepó de la Monarquía británica por adoptar la forma punitiva combinada, penal, política y administrativa.

c) El art. 7º de la Ley trataba específicamente de los dos delitos tipificados a los Consejeros de Estado: 'Los Consejeros de Estado son responsables por los consejos que dieran: 1º Siendo opuesto a las leyes. 2º Siendo contra los intereses del Estado, si fueren manifiestamente dolosos'. En complemento, decía que 'incurren en las mismas penas, en que los Ministros y Secretarios de Estado incurren por hechos análogos a este' (IMPERIO DE BRASIL LEY DE 15 OCTUBRE DE 1827, 1827).

d) La denuncia podía ser presentada por cualquier ciudadano. En la propia ley se menciona que tal prerrogativa era resultado del derecho de petición insertado en la constitución imperial, en el art. 179, XXX. Además de los ciudadanos, los miembros de cualquier cámara también podían patrocinar la petición de denuncia de delito de responsabilidad por Ministros.

Por cierto el universo de ciudadanos debía ser entendido dentro de las limitaciones del régimen de 1824. No había universo igualitario, pero sí limitaciones por sexo e ingresos que discriminaban aquellos que podían ser comprendidos por ciudadanos.

e) La legislación presentaba plazos preceptivo para el ejercicio del derecho de petición. Para los miembros de las cámaras, el plazo de dos legislaturas, a partir de la fecha de comisión del ilícito. Al ciudadano, el plazo de 3 años a partir de la práctica del delito.

f) El procesamiento inicial de la denuncia era hecha en la Cámara. El proceso tenía, como hoy, naturaleza bifásica, dividiéndose las responsabilidades entre Cámara e Senado.

g) La denuncia era recibida y encaminada a la comisión especial. La comisión podría solicitar las pruebas que considerase necesarias para el encaminamiento y escrutinio de la denuncia. Después de las averiguaciones realizadas, la comisión podía entender haber indicios de la práctica de ilícito. Después de la apreciación preliminar, nuevas reuniones de la comisión (o de otra nombrada para este fin) se producía un dictamen sobre la denuncia. El parecer era sometido a la cámara. Siguiendo la regla del art. 25 de la Constitución, la aprobación de la denuncia era por mayoría absoluta.

h) Aceptada la denuncia del denunciado ya sufría restricciones de naturaleza preventivas:

1º Permanecer el acusado suspenso del ejercicio de todas las funciones públicas, hasta final sentencia, e inhabilitado en este tiempo para ser propuesto la otra empleo, o en el provisto.

2º Permanecer sujeto a la acusación criminal.

3º Ser preso en los casos, en que por la Ley tiene lugar la prisión.

4º Suspenderle la mitad del ordenado, el sueldo, que tenga; o perderlo efectivamente, si no fuera finalmente absuelto. (IMPERIO DE BRASIL LEY DE 15 OCTUBRE DE 1827, 1827)

La Cámara constituía comisión para presentar la denuncia al Senado. Esta comisión presentaba el parecer de la acusación a la casa del Senado.

i) De acuerdo con la redacción de la ley, el Senado se convertía en Tribunal de Justicia y ' Todo senador son Jueces competentes para que conocieren de los crímenes de responsabilidad' (IMPERIO DE BRASIL LEY DE 15 OCTUBRE DE 1827, 1827).

j) La lista de impedimentos o suspensiones era la siguiente:

1º Los que tuvieran parentesco en línea reta de ascendentes, o descendentes, suegro, y yerno; en línea colateral hermano, cuñados, en cuanto dure es relación de cuñado, y los primos co-hermanos.

2º Los que tuvieron depuestos como testigo en la formación de la culpa, o del proceso.

3º Los que tuvieron demanda por si o sus mujeres sobre mayor parte de sus bienes, y el litigio ha sido propuesto antes de la acusación.

4º Los que tuvieron herederos presuntivos. (IMPERIO DE BRASIL LEY DE 15 OCTUBRE DE 1827, 1827).

Además de los casos de impedimento o suspensión, podía ocurrir la recusación no fundamentada de 6 Senadores.

k) Después la comunicación del recibimiento de la difamación, se determinaba el plazo para la sesión de juzgamiento. Pero la ley, el juzgamiento era pautado por la contradicción entre la comisión de acusación y la defensa del acusado. Senadores pudieran encaminar preguntas durante la sesión de juzgamiento.

l) La ley prevía la realización de sesión secreta para la verificación de la suficiencia de todo lo que fue producido en el juzgamiento. Solamente con la confirmación de la suficiencia se podía encaminar la materia al juzgamiento por el Tribunal del Senado.

m) La sesión definía la procedencia o la improcedencia de la acusación. Después de esto, el Presidente encaminaba los requisitos de aplicación de la pena: al grado máximo, medio o mínimo de penalidad.

n) De la decisión cabía como único recurso, los embargos. El plazo máximo para la presentación era de diez días después de la sesión de juzgamiento.

El sistema de responsabilidad ministerial y consejería perduró durante todo el Imperio. Con la proclamación republicana se tornó sistema de normas con cesación de existencia, por las mudanzas de forma de gobierno y sistema de gobierno, con el advenimiento de la orden constitucional de 1889.

9. Conclusión: la permanencia de las estructuras de la responsabilidad del régimen de 1824 en las constituciones posteriores

Las estructuras de la responsabilidad del régimen de 1824 servirán a los modelos constitucionales posteriores. La diferencia destacada del régimen imperial en relación a los posteriores regímenes republicanos está en la inclusión del jefe del ejecutivo, o Presidente de la República, en el rol de los sujetos pasibles de responsabilidad.

La responsabilidad de Ministros de Estado, y del jefe del Ejecutivo del período imperial, el Jefe del Gabinete, y de los Consejeros de Estado, muestra que la responsabilidad de la dirección del ejecutivo está presente desde el régimen de 1824. El régimen republicano alteró las disposiciones sobre responsabilidades de los miembros del ejecutivo determinando el juzgamiento por el STF, y no más por las casas legislativas.

La forma básica de procesamiento y juzgamiento de los crímenes envolviendo al Presidente de la República, blasfemia bifásico, con la admisibilidad en la Cámara y el juzgamiento en el Senado, es tradición iniciada en el juzgamiento del período imperial, de Ministros y Consejeros. Tal como hoy, y en el comienzo del régimen republicano, la acusación era analizada por la Cámara y, admitida, juzgada por el Senado.

Las autoridades atípicas incluidas en el rol de sujetos pasibles de imputación de crimen de responsabilidad, en el período republicano, como los miembros del Judiciario - Ministros del STF -, ya eran pasibles de punición por responsabilidad en el sistema de 1824. El sistema de responsabilidad de 1824 ya prevía que magistrados respondiesen por delitos funcionales. En la verdad, el sistema de 1824 era tan amplios cuando el de 1991, ya que incluía todos los jueces, al contrario de que prevaleció en el sistema republicano, de inclusión solamente de los Ministros do STF y juicios federales⁸.

10. Obras citadas

BRASIL CONSTITUIÇÃO DE 1824. Constituição del Imperio de Brasil de 25 de marzo de 1824. **Planalto legislación**, Brasília, 1824. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acceso em: 02 abr. 2016.

BRASIL CONSTITUIÇÃO DEL IMPERIO DE BRASIL. Constituição del Imperio de Brasil de 25 de marzo de 1824. **Planalto legislación**, Brasília, 1824. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acceso em: 02 abr. 2016.

CÂMARA DE LOS DIPUTADOS BRASIL. Regimiento interno de la Cámara de Diputados. Biblioteca digital de la Cámara, 1881. Disponible en: <file:///C:/Users/walmott/Downloads/regimento_camara_1870_1881.pdf>. Acceso en: 16 de abril. 2009.

CHEIBUBI, J. A. ; PRZEWORSKI, A. Democracia, elecciones y responsabilidad política. **Revista Brasileña de Ciencias Sociales**, São Paulo, fev. 1997.

CHERCHI, G. S. **Renuncia del mandato parlamentario en la Cámara de Diputados por falta de ética o quiebra del decoro parlamentario**. Biblioteca digital Cámara, 2009. Disponible en: <file:///C:/Users/walmott/Downloads/renuncia_mandato_cherchi.pdf>. Acceso en: 09 de abril. 2016.

⁸ A partir de 1891 hubo la inclusión de las siguientes autoridades como pasibles de práctica crímenes de responsabilidad: presidente, ministros de Estado e ministros do STF. Presidente y Ministros de Estado (estos últimos si cometiesen crímenes conexos a los del presidente), juzgados por el sistema bifásico, Cámara-Senado. Los ministros del STF juzgados por el Senado. Los ministros de Estado, si no hubiese la conexión, del STF. La Constitución republicana prevía que el STF juzgaría los jueces federales por crímenes de responsabilidad. La posible responsabilidad de los juicios estatales permanencia a la competencia de cada Estado da federación.

CONSTANT, B. **Principios de politique**: applicable a los guevernemens représentatifs. París: Chez Alexy Eymery, 1815.

GAY, O .; DAVIES, N. **Impeachment**. House of Commons Library. Londres, p. 1-6. 2011.

HORBACH, C. B. El parlamentarismo en el Imperio de Brasil (II). **Revista de Información Legislativa**, Brasilia, abr.-jun 2007. 213-231.

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de las Comunidades Europeas, 1899 / decreto 523-20-julio-1847 hasta 560.333-publicacaooriginal-83096-pe.html>. Acceso en: 09 de abril. 2016.

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Legislativo, en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. 10-1832.htm>. Acceso en: 03 de abril. 2016.

IMPERIO DEL BRASIL LEY DE 15 OCTUBRE DE 1827. Ley de 15 de octubre de 1827. Cámara de Diputados - legislación informatizada, 1827. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38389-15-outubro-1827-566674-publicacaooriginal-90212-pl.html>. Acceso en: 16 abr. 2016.

IMPERIO DEL BRASIL LEY N° 105. Ley n° 105 de 12 de mayo de 1840. **Planalto legislação**, 1840. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM105.htm>. Acceso en: 03 abr. 2016.

IMPERIO DEL BRASIL LEY N° 16. Ley n° 16 de 12 de agosto de 1834. **Planalto legislação**, 1834. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM16.htm>. Acceso en: 03 abr. 2016.

IMPERIO DEL BRASIL LEY N° 234. Ley n° 234 de 23 de noviembre de 1841. **Planalto legislação**, 1841. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM234.htm>. Acceso en: 03 abr. 2016.

LOCKE, J. **Dos tratados sobre el gobierno**. En el caso de las mujeres.

LOMBA, P. **Teoría de la responsabilidad política**. En el caso de las mujeres.

MIRANDA, J. **Teoría del Estado y de la Constitución**. En el caso de las mujeres.

UK PARLIAMENT. **Juicio político**. UK Parliament Glossary, 2016. Disponible en: <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02666>>. Acceso en: 03 de abril. 2016.

O protagonismo do judiciário brasileiro e a Constituição Federal: notas sobre judicialização e ativismo

*Gil Ferreira de Mesquita*¹

Resumo: há uma certa preocupação da sociedade brasileira em relação ao protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, na tomada de decisões que, em análise superficial, estaria invadindo a competência dos demais poderes. O presente ensaio tem por objetivo analisar os conceitos de judicialização da política e ativismo judicial e a partir deles elaborar uma justificativa para o comportamento dos órgãos do judiciário brasileiro e apresentar algumas ponderações a respeito dos problemas trazidos por essa atuação.

Sumário: 1. Uma realidade de nosso tempo; 2. A tripartição dos Poderes; 3. A judicialização da política; 4. O ativismo judicial; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Poder Judiciário; política; judicialização; ativismo judicial.

1. Uma realidade de nosso tempo

No último dia 4 de abril de 2018 o Brasil praticamente parou para acompanhar, via internet ou TV, ao julgamento do *habeas corpus* de um ex-Presidente da República que pretendia não ser preso para iniciar o cumprimento de uma sentença condenatória. Apenas para lembrar, o autor do pedido foi condenado em primeira instância por um juiz federal, a sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal e, segundo o entendimento até então majoritário do Supremo Tribunal Federal, a pena poderia ser executada provisoriamente já que os recursos ordinários se esgotaram.

A discussão nesse *habeas corpus* – em síntese – gira em torno do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que afirma “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Se assim está escrito, em primeira análise deveria qualquer réu aguardar o esgotamento de todas as possibilidades recursais, pois ainda restavam os recursos Especial (para o Superior Tribunal de Justiça) e o Extraordinário (para o próprio Supremo Tribunal Federal). Não é, pelo menos até o momento em que essas linhas são escritas, o que o colegiado do tribunal máximo brasileiro entende como mais adequado².

¹ Advogado e Mestre em Direito. Professor e Gestor do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: contato@gilmesquita.com.

² Veja o trecho essencial da ementa desse julgamento HC 152752-PR: "(...) 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na

Esse julgamento teve início em 22 de março, mas depois de uma reviravolta jurídica que poderia ser parte de um roteiro cinematográfico³, foi suspenso para retornar apenas em abril. Nesse julgamento final os votos dos Ministros do STF ocuparam quase onze horas do tempo da TV e de todos os brasileiros que assistiam àquele espetáculo. Mas, a espera não foi de todo inútil, pois no penúltimo voto, do Ministro Celso Mello, os espectadores foram coroados com a invocação do Pentateuco⁴ para justificar seu voto contrário ao início do cumprimento da sentença!

Talvez o leitor esteja se perguntando se o presente texto é para discussão de alguma questão político-partidária. Ou ainda, se o texto é sobre direito, sobre política ou sobre ambos. E a resposta está intimamente relacionada ao tempo em que vivemos, porque o exemplo acima, apenas para iniciar a conversa, envolve tudo isso em um emaranhado de vertentes, teses, causas e efeitos que não se consegue explicar com facilidade, reverberando de forma negativa no seio da sociedade que não está acostumada aos temas jurídicos.

No exemplo citado, estaria o Supremo Tribunal Federal julgando segundo as convicções jurídicas de cada Ministro ou a questão política estaria interferindo diretamente no resultado? Sem dúvida, essa pergunta não encontra resposta fácil, até mesmo porque nosso tribunal máximo e inúmeros outros órgãos do Poder Judiciário têm participado da vida jurídico-política do brasileiro de forma cada vez mais intensa. Por isso, esse pequeno ensaio objetiva apresentar e discutir algumas questões envolvidas na relação próxima entre política e Direito, ou ainda, entre a política e a atuação do Poder Judiciário no Brasil, alçado à condição de protagonista das grandes decisões nacionais nos últimos dez anos.

2. A tripartição dos Poderes

seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada".

³ Eis a decisão: "Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), conheceu do habeas corpus. Em seguida, devido ao adiantado da hora, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia (Presidente), decidiu pela suspensão do julgamento, e, tendo em vista requerimento feito da tribuna pelo advogado do paciente, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento deste *habeas corpus*, que se dará na sessão de 04.04.2018. Falaram: pelo paciente, o Dr. José Roberto Batochio; e, pela Procuradoria-Geral da República - PGR, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Plenário, 22.3.2018".

⁴ Assim considerado o conjunto dos cinco primeiros livros da Bíblia Sagrada. A expressão "foram coroados" é irônica nesse texto, apenas para demonstrar a desnecessária erudição após dez horas de julgamento acompanhado por brasileiros de todos os níveis de escolaridade. E, convenhamos, um voto que ocupou três ou quatro vezes mais do que o necessário para uma fundamentação suficiente, conforme exige a Constituição Federal (art. 93, IX).

A Constituição Federal adota expressamente, em seu art. 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Trata-se da concepção secular cunhada por Montesquieu, que em seu livro *O Espírito das Leis* (1748) sistematizou de forma definitiva a estrutura adotada pelos estados modernos.

Essa obra teve o mérito de “erigir as divagações filosóficas dos seus predecessores em uma doutrina sólida, que foi desde logo acolhida como dogma dos Estados liberais e que permanece até hoje sem alterações substanciais”, a ponto de ser possível afirmar que a “separação dos poderes é a primeira condição de um povo livre”, pois sem ela resulta o resultado é a concentração dos poderes em um só órgão e isso equivale à definição de tirania (MALUF, 1991, p. 206).

A tripartição do poder uno e indivisível dos estados – *a soberania* – na verdade é uma divisão de funções, cujo resultado é um sistema em que um dos “poderes” atua em uma frente e a soma de todas essas atuações representa a manifestação completa do poder. Essa independência, no entanto, não significa a total e ilimitada atuação, pois ainda há um modelo de autogestão em que as três esferas do poder soberano se subordinam mutuamente através de um *sistema de freios e contrapesos*, criação dos constitucionalistas norte-americanos, realizado o que se convencionou chamar de “contenção do poder pelo poder”.

Portanto, a atuação do Legislativo não se deve resumir à criação de leis, pois está autorizado também a atuar na fiscalização dos atos do Executivo; este por sua vez atua na administração do patrimônio público e propositura de políticas para o bem-estar da população, mas também tem iniciativa para criação de novas leis e é o responsável pela nomeação de alguns magistrados de tribunais superiores; já o Poder Judiciário não apenas aplica o direito aos casos concretos, mas também interfere diretamente na vida do cidadão ao obrigar outro “poder” a concretizar algo em favor daquele que acionou o judiciário, seja o Executivo, seja o Legislativo.

Trazendo essa ideia para situação cotidiana que vivemos no Brasil, estaria o Judiciário interferindo na esfera legítima de atuação de outros Poderes quando emite decisão obrigando-os a praticar ou deixar de praticar determinado ato em favor daquele que buscou na justiça a concretização de um direito do qual alega ser o titular? Estaria interferindo quando dá a uma norma jurídica interpretação que aparentemente cria entendimento diverso da “vontade do legislador”?

Para responder a essas questões e àquelas feitas no final do tópico anterior é preciso abordar dois temas muito importantes nas discussões não somente do direito constitucional contemporâneo, mas também para a Ciência Política: a *judicialização da política* e o *ativismo judicial*, salientando desde logo que a primeira leva ao segundo.

3. A judicialização da política

Importante destacar que desde o fim da Segunda Guerra Mundial é possível observar um avanço da atuação do Judiciário sobre o espaço da *política majoritária*, ou seja, aquela exercida pelo Legislativo e do Executivo, diga-se de passagem, legitimados pelo voto popular, diferentemente dos ocupantes de cargos judiciários.

Há inúmeros exemplos de cortes supremas atuando diretamente na vida dos cidadãos evidenciando que entre política e justiça a fronteira é muito fluida, mas nada que

se compare ao volume e peculiaridade do que acontece atualmente no Brasil, especialmente com a atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos dez anos (BARROSO, 2012, p. 23).

A primeira explicação para o fenômeno deve ser buscada na *judicialização da política*, que significa que o Judiciário tem assumido o papel de protagonista em questões políticas e sociais que antes deveriam ser objeto de interesse do Congresso ou do Executivo, transferindo o poder para juízes e tribunais e muitas vezes causando no imaginário de uma população pouco informada uma estranheza perigosa, pois a sensação de insegurança é um risco que um Estado democrático não deveria correr.

No entanto, há explicação para o fenômeno baseada em três grandes pilares que os autores dedicados ao tema apontam em uníssono:

a) a *redemocratização do país*, culminando com a promulgação da Constituição de 1988 traçou um novo perfil para o Judiciário brasileiro, antes destinado a aplicar o direito com pouquíssimo propósito crítico. Não se deve esquecer também que esse perfil foi incentivado pela expansão da noção de cidadania, levando a população cada vez mais a procurar os órgãos do Judiciário para fazer valer seus direitos com apoio, por exemplo, da atuação mais efetiva das defensorias públicas, a proliferação de escolas jurídicas que contribuem para a disseminação de e uma mentalidade cidadã e a atuação de órgãos públicos em áreas específicas, como no direito do consumidor.

Também devemos anotar que o Ministério Público teve o seu papel ampliado exponencialmente com a nova Constituição, transformando aquele que detinha a legitimidade para as ações penais (e praticamente limitava-se a tanto) em defensor de direitos difusos e coletivos nos mais variados âmbitos, como na seara ambiental, consumerista, criança e adolescente, populações indígenas, dentre outras⁵.

E mesmo na esfera penal a atuação do *parquet* tem sido ampliada nas inúmeras operações de combate ao crime organizado, possível especialmente porque a instituição se modernizou e está aparelhada com pessoal especializado, acordos de cooperação internacional e tecnologias que permitem a apuração de delitos antes destinados à impunidade pela extrema dificuldade de produção de provas.

b) a *constitucionalização abrangente* contribuiu para que matérias antes destinadas à atuação do processo político majoritário (governo e legislador ordinário) viessem para o texto constitucional. Basta citar o ineditismo de mandamentos como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e de que a defesa do consumidor é um dos pilares que disciplinam a Ordem Econômica (art. 170). Em ambos os casos a Constituição anterior era omissa.

Mesmo no âmbito dos princípios fundamentais a Constituição de 1988 inovou e foi bastante abrangente, bastando citar como exemplo a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º,

⁵ O art. 129, da Constituição Federal é que estabelece as funções institucionais do Ministério Público, dentre elas: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; exercer o controle externo da atividade policial etc.

III) prevista de forma inédita⁶ e que, por sua generalidade, legitima a propositura de ações envolvendo as mais diversas pretensões, especialmente aquelas cuja norma material ainda não traz disciplina, tendo por fundamento a ideia da ação como direito abstrato e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).

Portanto, imperioso concluir que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”, como diz Luís Roberto Barroso (2012, p. 24). Ao ser acionado para decidir não estará mais o Judiciário, nessas questões, decidindo questões meramente jurídicas, mas com fortíssimo conteúdo político.

Essa característica da norma constitucional como sendo de índole política é facilmente observada se pensarmos que ela organiza o Estado, distribui as competências entre os poderes, disciplina os direitos fundamentais, disciplina o comportamento dos órgãos estatais e até impõe uma pauta para as ações governamentais, pois não se pode delas descuidar quando se propõe cumprir as funções públicas. Daí a advertência de Paulo Bonavides de que “o erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional” é distanciá-la de seu manancial político e ideológico, “das nascentes da vontade política fundamental”, do sentido dinâmico e renovador que há de acompanhá-la (2000, p. 420).

c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é a terceira causa da judicialização, pois não somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para considerar que uma norma é ou não constitucional, porque os demais juízes e tribunais poderão fazê-lo em casos concretos. Isso permite que todo e qualquer magistrado possa em determinado momento emitir juízo de valor a respeito de uma norma jurídica, tenha ela sido originada do Legislativo ou do Executivo.

Trata-se de um sistema híbrido, com a junção de características do sistema norte-americano (controle difuso, feito por qualquer magistrado, com decisão de efeito *inter partes*) e do sistema europeu (controle concentrado, feito pelos tribunais, com decisão de efeito *erga omnes*).

Por fim, apenas para reafirmar o quanto o sistema brasileiro é amplo, lembremos que há quatro mecanismos junto ao Supremo Tribunal Federal para a tutela da Constituição Federal: arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade e, por fim, o mandado de injunção, tendo vários legitimados ativos.

4. O ativismo judicial

Em decorrência do atual modelo constitucional brasileiro o Poder Judiciário passou a ser acionado para se manifestar em situações que antes ficavam distantes de seu âmbito decisório (*judicialização da política*), mas oportunizou também uma postura proativa, uma atitude expansiva voltada à interpretação da Constituição, permitindo o efetivo atendimento às demandas sociais oportunizadas, em grande parte, pela omissão dos poderes majoritários responsáveis por elas.

Diante desse cenário de omissão do Legislativo, que não cria normas jurídicas para solução das questões da vida cotidiana do cidadão brasileiro, e da negligência do

⁶ Na Constituição de 1967 a ideia de dignidade humana é usada apenas no art. 157, que disciplina a ordem econômica. Segundo o dispositivo ela tem por fim a realização da justiça social, tendo como um de seus princípios a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana” (inciso II).

Executivo, que não cria políticas públicas capazes de efetivar as garantias individuais e coletivas previstas no texto constitucional, inaugura-se a possibilidade de o Judiciário fazê-lo através do que convencionou-se chamar de *ativismo judicial*.

Esse ativismo é, antes de tudo, uma postura proativa dos magistrados brasileiros, que na busca pela efetividade de suas decisões entregam ao jurisdicionado uma resposta que possa ser útil, da qual possam usufruir, pois atacam diretamente o problema em discussão, substituindo por essa via indireta as políticas que deveriam ser levadas a cabo por outras esferas públicas.

Embora as decisões judiciais em casos assim sejam regularmente fundamentadas, como exige a Constituição Federal (art. 93, IX), há riscos importantes a serem considerados.

O primeiro diz respeito à possibilidade de *decisões excessivamente criativas*, aquelas que terminam por criar uma regra jurídica não estabelecida pela via ordinária do Legislativo, como aconteceu na questão da fidelidade partidária discutida pelo STF, entendendo que o mandato “pertence ao partido” e não ao eleito. Se há desfiliação tem o partido o direito de ocupar a vaga, uma solução criada pelo Judiciário sem qualquer norma jurídica eleitoral que a anteceda, entendimento apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081, julgada em 27/05/2015, cuja tese fixada foi a seguinte: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.

Também pode ser incluída nesse rol a decisão do Supremo Tribunal Federal tomada no julgamento da constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina os casos de “nepotismo” no âmbito do Judiciário⁷. No entanto, o tribunal máximo brasileiro entendeu que a vedação deveria, também, ser estendida aos cargos do Legislativo e Executivo, ainda que não fosse objeto da ação proposta (ADC 12/2008)⁸.

Na mesma data houve julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, onde se lê na ementa que “embora restrita ao âmbito do Judiciário a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita”. E, logo em seguida: “a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática”, por se tratar de uma “proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da CF/1988.

No dia seguinte editou-se súmula vinculante⁹ para disciplinar a matéria de forma muito mais ampla do que se pediu inicialmente na ADC 12, com o julgamento de apenas

⁷ Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

⁸ Vejamos o trecho inicial da notícia publicada no site do STF: “No dia 20 de agosto de 2008, uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou uma mudança drástica no sistema de contratação para o serviço público nacional. Ao julgar procedente, por unanimidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12, o Plenário da Suprema Corte pôs fim à prática do nepotismo no Poder Judiciário do país, decisão aplaudida por toda a sociedade brasileira. O efeito da determinação também alcançou os poderes Legislativo e Executivo, com a edição, no dia seguinte, da Súmula Vinculante nº 13”.

⁹ Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos

um caso, assumindo uma “conotação quase-normativa”, extraindo uma vedação não explicitada no texto constitucional em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade (BARROSO, 2012, p. 26).

O segundo risco está ligado à própria *separação dos poderes*, estremecida a cada interferência do Judiciário na esfera de atribuição dos outros dois. Nesses casos os juízes comportam-se participando ativamente na “elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições”, vindo a “substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições” (SILVA, 1996, p. 57).

Os exemplos mais comuns dessa atitude ativista do Judiciário têm como fundamento a garantia de direitos sociais que escapam às políticas públicas, como nos casos em que as decisões judiciais obrigam o Poder Público a custear tratamentos médicos ou fornecer medicamentos, muitas vezes com custos milionários aos cofres públicos, tratamentos realizados no exterior, bem como terapias e fármacos que sequer constam do rol reconhecido pelo Ministério da Saúde¹⁰.

Dados do Tribunal de Contas da União mostram que em sete anos as despesas ministeriais aumentaram 1.300%, saindo de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015. Esse salto, em grande parte, é resultado de determinações judiciais envolvendo medicamentos sem registro na Anvisa, ou seja, não podem ser vendidos no Brasil e distribuídos pelo SUS. Mesmo assim, o Judiciário determina o seu fornecimento¹¹.

Em termos de legitimidade passiva, inclusive, há uma interpretação flexível no sentido de indicar de quem é a responsabilidade pelo fornecimento do medicamento ou terapia, pois o STF já proferiu decisão em sede de repercussão geral. Entendeu o tribunal que o tratamento médico se insere no rol dos deveres do Estado, sendo solidária a responsabilidade dos entes federados.

poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

¹⁰ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina considera como requisitos para concessão judicial de medicamento ou procedimento não padronizado pelo SUS: (1) hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial); (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível (IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000).

¹¹ As conclusões são de uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU), que apresenta um panorama da chamada judicialização da saúde no País – quando o cidadão, não atendido pela saúde pública, busca apoio nos tribunais. O trabalho mostra que, de um total de R\$ 2,7 bilhões gastos entre 2010 e 2015 pela pasta, por ordem de juízes, 54% correspondem à compra de apenas três medicamentos, demandados para o cuidado de pacientes com doenças raras. Trata-se do Naglazyme e do Elaprase, para o tratamento de mucopolissacaridoses (MPS), as enfermidades degenerativas; além do Soliris, usado contra a hemoglobinúria paroxística noturna (HPN) e a síndrome hemolítico urémico atípico (SHUa). O Soliris, embora aceito nos Estados Unidos, não tinha registro na Anvisa até março deste ano. A compra desses remédios para um único paciente pode chegar a R\$ 1 milhão por ano – cada dose custa R\$ 21 mil (FABRINI; FORMENTI, 2017).

Desse modo, podem figurar no polo passivo da ação os três entes da federação (União, estado e município), isoladamente ou conjuntamente, não havendo políticas públicas definidas, o que parece ser grande parte dos casos (RE 855.178 RG-SE)¹².

O terceiro risco liga-se à falta de *legitimidade democrática do Judiciário*, pois seus integrantes não são eleitos pelo voto popular e interferem de forma muito intensa na vida do cidadão, que não necessariamente vê nesses órgãos uma força a representá-los, mas a última via a ser buscada para a concretização de seus direitos.

A respeito desse último tópico, observando com o mesmo olhar da população em geral, conclui-se que a segurança em relação às instituições fica comprometida. Talvez por isso as pesquisas venham registrando queda na confiabilidade da Justiça perante a população brasileira. Estudos indicam que entre 2013 e 2017 houve queda de 10% nessa confiança, passando o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, a gozar de um índice de confiança bastante reduzido, na casa dos 24% (FGV, 2017).

E, por último, um risco muito em voga quando se analisa a atuação de tribunais: a *politização do Judiciário*. Primeiro importa realçar que “direito é política”, não no sentido de escolhas tendenciosas ou partidárias, mas na exata noção de que sua aplicação está sempre ligada da realidade política, de seus efeitos no meio social e na expectativa gerada nos cidadãos.

Por isso preocupa tanto a atuação de integrantes do Judiciário, especialmente dos Tribunais, cujos membros são nomeados pelo chefe do Executivo, no sentido de aproximarem suas decisões da ideologia ou interesses do grupo representado pelos que legitimamente os nomeiam, mesmo que autorizados pela Constituição Federal.

Evidentemente cada magistrado possui ideologia própria e isso se reflete nas decisões tomadas. O que gera problema é a condenável confusão entre uma decisão jurídica e uma decisão contaminada exclusivamente por ideais político-partidários. Cumpre lembrar, apenas para citar um exemplo, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados livremente pelo Presidente da República, bastando atender aos requisitos contidos no art. 101, da Constituição Federal, não havendo qualquer impedimento para uma nomeação ligada aos interesses de determinado grupo político.

5. Considerações finais

A judicialização da política é um fenômeno ligado ao sistema jurídico brasileiro, enquanto o ativismo judicial expressa, no dizer de Barroso (2012, p. 31), “uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”.

Sob o ponto de vista da necessária efetivação de direitos individuais e coletivos previstos constitucionalmente, a postura ativista do Judiciário brasileiro tem razão de ser em virtude da inércia do legislador ou de políticas públicas inexistentes. E, admitamos, recebe acolhida positiva de muitos setores da sociedade.

¹² “Havendo políticas públicas de repartição da competência, estas devem prevalecer, contudo, na ausência delas, a responsabilidade passa a ser solidária” (TJMG – AI nº 1.0000.17.051221-4/002). Trecho do voto divergente do Des. Renato Dresch.

No entanto, em alguns casos essa mesma sociedade critica os magistrados por estarem tomando decisões que deveriam estar à cargo dos outros dois poderes. Aqui, a atividade proativa do Judiciário passa a ser vista como perigosa e tendente à proteção da classe política ou de algum setor influente.

Como defendem alguns autores, essa desconfiança da população revela uma crise de *legitimidade democrática do Judiciário*, para exercer esse papel político, pois seus representantes não são eleitos pelo voto popular, ausente aqui o “caráter essencial da representatividade” (SANTI, p. 46).

Ao buscar uma solução rápida e precisa para o problema, não a encontramos, já que pelas razões expostas o próprio sistema jurídico brasileiro colabora para esse quadro. Embora legítima a atuação do Judiciário, preocupa essa “invasão” nas atribuições de Legislativo e Executivo, embora essas duas esferas sejam em parte responsáveis pelo fenômeno em razão de sua inércia.

Exemplos temos em profusão. Em 2012 o STF autorizou a interrupção da gravidez em caso de anencefalia¹³, ampliando as hipóteses já previstas no Código Penal de 1940. Já se passaram seis anos e o Legislativo não se dignou em criar norma a respeito, e desde então outra discussão já foi iniciada no âmbito do tribunal para discutir a autorização ou não do aborto até a 12ª semana de gestação. Diante da omissão e total inércia do legislador, o Judiciário interfere na vida do brasileiro de maneira definitiva.

Em breve discussões envolvendo a descriminalização da maconha e a criminalização da homofobia virão à tona, mais uma vez em razão da inoperante atuação do Legislativo que cruza os braços para as grandes questões, muito mais preocupado com a manutenção do poder e em salvar a própria reputação em inúmeros escândalos.

Então, a única medida capaz de mitigar esse avanço do Judiciário sobre as grandes questões que deveriam estar na agenda dos outros poderes é uma *ampla reforma política*, tão declamada pelos candidatos e detentores de mandatos eletivos, mas totalmente esquecida na prática. Pontos como o financiamento público de campanha, a vedação ou limite para a reeleição, o voto distrital e tantas outras questões discutidas há décadas – sem praticamente sairmos do lugar – são fundamentais para que a engrenagem funcione de maneira mais eficiente.

A atuação do Judiciário nos termos apresentados nesse ensaio é importante ferramenta para a manutenção do *status* democrático do Estado brasileiro, mas não pode ser a única efetivamente atuante nas grandes questões de efetivação dos direitos. É preciso não somente fazer melhores escolhas nos pleitos eleitorais, mas também criar meios estruturais para afastar de nossa realidade, definitivamente, essa crise de representatividade que parece não ter fim. Reformas são urgentes e imprescindíveis!

¹³ A discussão veio à tona na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez em casos de anencefalia é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal. A decisão foi por maioria em julgamento ocorrido no dia 12 de abril de 2012.

6. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **SynThesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 12-DF, Relator Min. Ayres Britto, j. 20.08.2008, DJE 18.12.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752-PR, Tribunal Pleno, Relator Min. Edson Fachin, DJE 6 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951-RN, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.08.2008, DJE de 24.10.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178 RG-SE, Tribunal Pleno, Relator Min. Luiz Fux, j. 5 mar. 2015, DJE 16 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0000.17.051221-4/002, Relatora Des. Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, j. 1 fev. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, Relator Des. Ronei Danielli, j. 9 nov. 2016.

FABRINI, Fábio; FORMENTI, Lígia. Gastos 'judiciais' com tratamento médico sobem 1.300% em 7 anos. **O Estado de S. Paulo**, 21 ago. 2017. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,gastos-judiciais-com-tratamento-medico-sobem-1300-em-7-anos,70001943830>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **ICJBrasil 2017**: confiança da população nas instituições cai. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>>. Acesso em 06 ago. 2018.

JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial: uma realidade no judiciário brasileiro. **Status Libertatis**, Campo Grande, v. 1, n. 1, pl. 64-79, 2018.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTI, Joyce. Politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos. **Cadernos de Iniciação Científica**, São Bernardo do Campo, n. 8, p. 42-51, 2011.

SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Verba Juris**, João Pessoa, ano 7, n. 7, jan./dez. 2008.

Os lixões, as mazelas sociais e os direitos constitucionais e ambientais básicos

*Artur Roberto Silva*¹

*Junia Mara Rodrigues Pires*²

*Vanessa Mário de Amorim Gama Silva*³

Resumo: Este artigo tem por objetivo principal tratar brevemente da problemática ligada aos lixões e as mazelas sociais decorrentes da destinação inadequado do lixo e como isso afeta os direitos constitucionais do cidadão Brasileiro; tem por objetivos complementares, trazer luz sobre as formas de destinação e tratamento do lixo disponíveis, desde a pior, mais primitiva e mais nociva, até a mais adequada e ideal; busca analisar brevemente os principais aspectos ainda a Lei nº 12.305/2010, Lei Da Política Nacional Dos Resíduos Sólidos (PNRS), sua relação com a gloriosa Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como citar algumas intertextualidades com outras legislações; adentra ainda nos campos multidisciplinares, da geografia, da medicina, da biologia, da química ambiental etc., junto aos *mitiês* jurídicos e doutrinários do Direito Ambiental e do Direito Constitucional. Este trabalho terá como método o analítico-dedutivo e como material de pesquisa bibliográfico digital documental, para tratar da problemática central: Por que no Brasil ainda existe tamanha destinação irregular do lixo, e como isso pode afetar os direitos constitucionais básicos do cidadão e o meio ambiente?

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceituações primordiais: tratamento do lixo e as formas de disposição final dos resíduos sólidos. 2.1. Dos lixões. 2.1.1. De outros aspectos do descarte e dos danos. 2.2. Dos aterros. 2.2.1. Dos aterros controlados. 2.2.2. Dos aterros sanitários. 2.3. Dos incineradores. 2.4. Das usinas e cooperativas de reciclagem. 3. Das mazelas sociais. 3.1. Quanto às mazelas. 3.1.1. Mazelas sociais da saúde pública. 3.2. Do panorama atual e dos desafios principais. 3.2.1. Dos desafios. 3.2.2. Do panorama. 4. Aspectos jurídicos e doutrinários. 4.1. Da Carta Magna e dos direitos constitucionais. 4.1.1. Da seara ambiental. 4.1.2. Da seara social. 4.2. Lei nº 12.305/2010, Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS). 4.2.1. Principais objetivos. 4.2.2. O que propõe. 4.2.3. Instrumentos. 4.2.4. Políticas públicas complementares. 4.2.5. Relação com outras leis. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

¹ Discente do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. E-mail: arturdefenix@gmail.com.

² Discente do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. E-mail: juniamarapires@gmail.com.

³ Discente do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Triângulo – Unitri. E-mail: jjttransportes@outlook.com.

Palavras-chave: Lixões. Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Direito constitucional. Direito ambiental.

1. Introdução

A temática escolhida tem se mostrado extremamente relevante por que mesmo após oito anos da criação do PNRS, ainda existirem diversas cidades no Brasil que praticamente pouco ou nada fizeram para enfrentar os problemas dos lixões e do mal deslindamento dos lixos urbanos; tem relevância ainda por que a destinação inadequada do lixo fere diretamente os princípios e direitos constitucionais consagrados como os da *dignidade da pessoa humana, direito à saúde, ao meio ambiente adequado* e outros assegurados pela nossa *Carta Magna*, os quais jamais devem ser esquecidos.

Serão apreciados, sucintamente, os principais aspectos da problemática ligada às questões dos lixões no Brasil e das mazelas sociais decorrentes da destinação inadequada do lixo como um todo, quais são os principais problemas, como a sociedade é afetada, quais são os tipos de tratamento e destinação do lixo, como está a situação atual no panorama brasileiro; para tanto, serão devidamente contempladas algumas questões fundamentais, como o conceito de lixões, tipos de tratamento e destinação, um breve estudo de suas características no Brasil, o que são as mazelas sócias, qual sua definição, quais suas principais características e como se relacionam com os direitos constitucionais, e por fim, serão abordados, igualmente, alguns aspectos no tocante a legislação sobre o assunto, dados estatísticos e uma reflexão das principais políticas para resolução dos problemas abordados.

2. Conceituações primordiais: tratamento do lixo e as formas de disposição final dos resíduos sólidos

Serão conceituados alguns pontos importantes sobre a temática em pauta, para que inicialmente se possa trabalhar o assunto, como as formas de disposição e tratamento do lixo.

Existem quatro formas principais para a disposição final de resíduos sólidos adotadas no Brasil: lixões, aterros controlados e os aterros sanitários e usinas de reciclagem; sendo o mais adequado, para a destinação e tratamento, os aterros sanitários.

2.1. Dos lixões

A palavra lixão designa os efeitos nocivos sobre o ambiente, são lotes de terra onde os são destinados resíduos de lixo de uma vila ou cidade, ou região de cidades. Os dejetos e corpos estranhos nestes ambientes costuma a serem queimados, enterrados a uma determinada distância da “civilização”.

Embora existam formas de tratamento de resíduos, mais adequadas, como a compostagem e a reciclagem etc., a prática dos lixões tem sido feita há séculos, e vem

historicamente causando efeitos nocivos e colaterais tanto para o meio ambiente como para a saúde humana.

Com o advento da tecnologia novos resíduos têm sido acrescentados à lista de produtos nocivos a serem tratados como além de diferentes tipos de resíduos, plástico, papel, madeira, alimentos, produtos químicos etc., os quais devem ser segregados adequadamente, não somente mediante o mero enterramento dos materiais como não classificados.

Nos lixões existe alguns sérios problemas, consoante aos métodos adotados de destinação dos resíduos, *e.g.*, naqueles onde são realizadas incinerações do material existe a poluição ao ar e atmosfera em seus arredores, o que ocasiona não somente danos à atmosfera do planeta decorrentes dos gases eliminados da queima, como também ocasiona danos à saúde humana, como problemas de saúde, em especial os respiratórios, baixa da qualidade do ar, e influência nos microclimas urbanos⁴.

Existe ainda a problemática do subsolo, aos quais se polui os lençóis freáticos, com substâncias nocivas como o chorume, e diversos gases, ou substâncias químicas que são absorvidas.

Um outro grande problema decorrente do não tratamento adequado do lixo nos lixões, é a redução da capacidade de armazenamento do lixo especial que se pode armazenar, depois que está para ser fechado. Diferentemente do que ocorre nos aterros sanitários, locais em que o lixo tem o seu devido tratamento, onde umidade é canalizada após seu fechamento, nos lixões, onde não há uma técnica adequada de tratamento, esta começa a degradar-se, liberando diversos gases, como o metano e dióxido de carbono, que originam conhecido odor pútrido, fétido e decadente da podridão. Uma vez que, os resíduos sólidos podem também conter alguns produtos químicos tóxicos, vaporizam gases através do solo nu e mistura-o com o ar circundante.

2.1.1. De outros aspectos do descarte e dos danos

Conforme vimos, uma das práticas irregulares mais comuns nos lixões consistem em meramente descartar lixo no solo, e quando isso ocorre, há sérios riscos de substâncias químicas nocivas se combinarem com águas subterrâneas dos lençóis freáticos originado o chamado chorume⁵.

⁴ Microclima urbano é um termo usado em Climatologia para designar um conjunto de condições climáticas (temperatura, umidade, sensação térmica, pluviosidade) de uma pequena área dentro de uma cidade. Estas áreas apresentam características climáticas diferentes do restante da cidade. Características principais do microclima urbano: - Temperaturas mais elevadas ou menores em relação às áreas vizinhas; - Umidade do ar menor ou maior em relação às regiões ao redor; - Sensação térmica diferente das regiões próximas. Ilhas de calor: a ilha de calor é um exemplo de microclima urbano. Ela pode se formar por causas naturais, porém o mais comum são as modificações provocadas pelos seres humanos. As ilhas de calor apresentam temperaturas mais elevadas do que as regiões ao redor e umidade relativa do ar mais baixa. Formam-se, geralmente, pela intensa presença de prédios e asfalto num bairro ou região, com pouca presença de cobertura vegetal. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/geografia_do_brasil/microclima_urbano.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁵ O chorume é um líquido tóxico que ocorre quando a água ou a umidade é misturada com resíduos sólidos. Quando a água da chuva cai no chão, ela penetra no solo e podem entrar em contato com os sólidos que poderiam levar à lixiviação dos resíduos. Disponível em: <<https://oquee.com/?s=lix%C3%A3o>>. Acesso em: 16 set. 2018.

Para evitar esta produção de líquido tóxico, os lixões devem ser cobertos com materiais impermeáveis, como ocorre nos aterros sanitários. E para tanto o efeito estufa é definido como um aumento de temperatura abrupta que ocorre devido às condições meteorológicas instáveis. Os maiores prejuízos ao meio ambiente são decorrentes da produção de gases, principalmente quando existe exposição direta do lixo, pois quando são deixados abertos ou sem tampa, podem surgir vários tipos de prejuízos, como por exemplo a emissão de gás metano e dióxido de carbono em excesso.

Para ilustrar ainda melhor outros aspectos sobre os lixões podemos apreciar o seguinte trecho de modo sintético:

Os “lixões urbanos” são práticas antigas e constantes nas cidades brasileiras, nas quais encontramos os seus resíduos sólidos em locais inadequados e sem qualquer tratamento, geralmente às margens de rodovias, à céu aberto e próximos a locais habitados, o que vem a ocasionar danos ao meio ambiente (contaminação do solo e de lençóis freáticos), e colocando em risco a vida e a saúde da população, tendo em vista provocarem a proliferação de vetores de doenças (moscas, mosquitos, baratas, ratos). Todavia, se obedecidas as normas legais, deveriam estar localizados há dois quilômetros do núcleo urbano, a 200 metros de distância de regiões de água e três metros acima do lençol freático e em local isolado. (FIGUEIREDO, 2017).

2.2. Dos aterros

Os lixões, conforme abordado, são os meios mais primitivos e arcaicos de destinação do lixo, o qual gera enormes danos para o meio ambiente e para a sociedade. Existem ainda os chamados aterros controlados, que basicamente são versões melhoradas dos lixões, uma vez que possuem certa impermeabilização do solo, porém em termos técnicos, de planejamento, de processamento, amplitude e eficiência estão aquém do tratamento ocorrido nos aterros sanitários.

2.2.1. Dos aterros controlados

Os aterros controlados são aqueles que oferecem um tratamento, considerável em relação aos lixões (simples depósito de lixo sem critério algum), porém ainda é um tratamento incompleto, quando comparado aos aterros sanitários, sendo, portanto, considerados uma espécie de lixões melhorados.

Como vemos no seguinte trecho:

Os termos aterros controlados e aterros sanitários não se confundem, embora alguns autores utilizem estes como sinônimos. Aterro controlado é um lixão melhorado, onde os

resíduos são dispostos em um terreno sem impermeabilização ou precariamente impermeabilizado (com mantas plásticas e grama) e aterrados diariamente. Neles, são colocados drenos e canalizações para que os gases tóxicos provenientes da decomposição das matérias orgânicas sejam liberados do interior do aterro para a atmosfera. Nesses locais, a preocupação com técnicas de monitoramento e o aproveitamento da emissão de gases tóxicos é mínima se não inexistente. Da mesma forma que os lixões, os aterros controlados são incompatíveis com a proteção ambiental. Nestes, não há tratamento adequado do terreno e os resíduos sólidos ali depositados são de diversas origens (domésticos, industriais, hospitalares etc.), dispostos sem qualquer critério, ao contrário do que ocorre nos aterros sanitários onde o controle e monitoramento são constantes. (RAMOS, 2014).

2.2.2. Dos aterros sanitários

Os aterros sanitários são a melhor opção para resolução da questão do lixo, uma que oferecem tratamento completo, tanto para os resíduos sólidos como para gases e o chorume.

Basicamente o lixo residencial e industrial é depositado em solos que propriamente planejados e tratados para essa função, os quais são devidamente impermeabilizados, incluindo em seu preparo nivelamento de terra (terraplanagem) e uma selagem da base com argila e mantas de PVC⁶. Possuem, ainda, um sistema para drenagem para o chorume (líquido preto e tóxico oriundo da decomposição do lixo), sendo após ser tratado, devolvido ao meio ambiente sem risco de contaminação, havendo nesse mesmo processo também a captação dos gases liberados, como metano, seguida da sua queima o que evita incêndios e explosões).

Para melhor se ilustrar a questão:

De outra parte, os aterros sanitários se apresentam como a melhor solução para o problema da disposição final dos resíduos sólidos. Neles, o solo é impermeabilizado adequadamente, recebe tratamento especializado e monitoramento constantes a fim de evitar, o máximo possível, qualquer tipo de poluição e os gases tóxicos produzidos pela decomposição da matéria orgânica são aproveitados como fonte de energia.

⁶ PVC é a sigla inglesa de “*Polyvinyl chloride*” que em português significa Policloreto de polivinila (ou policloreto de vinil), um plástico também conhecido como vinil. O PVC é amplamente aplicado em setores da construção civil (canos, conexões, fios etc.), materiais de embalagens (filmes protetores de alimentos, frascos para usos diversos, garrafas de água mineral, materiais de higiene e limpeza etc.), como também na indústria de calçados. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/pvc/>>. Acesso em: 18 set. 2018.

Conforme se pode observar, o descarte dos rejeitos em aterros sanitários tem como vantagens: a proteção do solo, da atmosfera e dos recursos hídricos, bem como a geração de energia através da transformação de gases tóxicos em biogás. (RAMOS, 2014).

Os aterros sanitários são cobertos por solo e compactados por tratores, dificultando o acesso de agentes vetores de doenças bem como do gás oxigênio, para evitar a proliferação de determinados micro-organismos.

Para que haja a construção de um aterro sanitário, há que se observar o pautamento nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Existem ainda poços de monitoramento abertos situado nos arredores desses aterros visando uma avaliação constante da qualidade da água, do ar para prevenir eventuais contaminações.

Os únicos problemas ligados aos aterros sanitários são a sua vida útil e a questão da especificidade do lixo armazenado nele, que não pode ser qualquer um em termos de gênero, bem como a existência de gases que são produzidos mesmo após sua desativação.

Como se ilustra no seguinte trecho:

Entretanto, apesar de apresentar esses aspectos positivos e de serem economicamente viáveis, os aterros sanitários têm vida curta (cerca de 20 anos) e, mesmo depois de desativados, continuam produzindo gases e chorume. Se não forem bem-preparados, podem resultar nos mesmos problemas que os vazadouros a céu aberto. Além disso, é necessário haver um controle do tipo de lixo que recebem, porque senão também podem acabar recebendo tipos de lixos perigosos, como resíduos hospitalares e nucleares. (FOGAÇA, 2015).

2.3. Dos incineradores

São uma alternativa muito eficaz na redução considerável do volume de lixo acumulado, bem como geram energia decorrente dessa atividade, em contrapartida existe a emissão de gases e alguns poluentes quando não tratados, como ainda existe uma redução da qualidade do ar e a formação de substâncias tóxicas diversas.

Nesse sentido a lição de FOGAÇA (2015): “Outra destinação para os resíduos sólidos é a incineração, que tem a vantagem de diminuir muito o volume do lixo, destruir substâncias e materiais perigosos, além de produzir energia”.

Acontece que os incineradores, embora poluidores em potenciais, tem uma grande importância para solução da destinação de alguns lixos extremamente indesejáveis e nocivos a saúde humana, uma vez que não se pode utilizá-los ou reciclá-los.

Tem uma função de reduzir o volume de dejetos, como já mencionado, porém não deve ser vista como um método preferencial para destinação do lixo, e sim um método alternativo secundário, que serve para atender algumas necessidades específicas de destinação de lixo.

Em um mundo civilizado e desenvolvido, cresce, pois, a importância da reciclagem como forma de evitar desperdícios de recursos e de poupar inteligentemente o meio ambiente e inclusive dinheiro.

Surge então uma figura importante para a questão problemática que os aterros sanitários⁷ e que os incineradores⁸ falham, surge a figura das usinas de reciclagem que será contemplada a seguir, como um meio de evitar os inconvenientes dos curtos prazos de funcionamento dos aterros sanitários e como meio de evitar a redução do volume do lixo nas incinerações.

2.4. Das usinas e cooperativas de reciclagem

A população brasileira gera diariamente toneladas de lixo, e como já dito anteriormente, dentre todas as soluções para a destinação do lixo, a reciclagem tem se mostrado a mais ideal e ecologicamente adequada, uma vez que não se limita a acumular e depositar o lixo em um local, ainda que tratado, ou reduzi-lo por meio de uma incineração poluente. A reciclagem tem sido uma grande solução, que exige uma cadeia de cidadania e civismo, pois ela deve começar dentro de cada lar, cada local de trabalho, cada local por onde passamos, com apenas um simples ato: a separação do lixo.

Porém, como se dá o processo de reciclagem após fazermos nossa parte para que nosso lixo seja reaproveitado?

Veremos, brevemente, as etapas como cooperativas de reciclagem desenvolvem o tratamento dos materiais recicláveis até os enviarem às empresas recicladoras, mas até esta fase existe uma série de 4 etapas que a antecedem:

a) coleta: nela os catadores coletam o lixo reciclável como alumínio, papel, plástico e vidro, e entregam à cooperativa. Essas empresas contam com o trabalho dos catadores ou até mesmo funcionários dessas próprias empresas.

b) triagem: quando o material chega às cooperativas ele precisa ser separado para que nas empresas recicladoras sejam tratados e reciclados, portanto, devem ser colocados em seus respectivos latões, de acordo com o tipo de cada material.

c) prensa: o material já separado é prensado e para que isso aconteça é preciso de grandes prensas que compactam material em grande quantidade.

d) venda: nessa etapa todo o material é transportado e vendido para empresas recicladoras que fazem o processo de reciclagem, tornando a usar esses materiais como matéria-prima. (PENSAMENTO VERDE, 2014).

⁷ Melhor forma de destinação do lixo, embora com duração relativamente curta 20 anos em média, conforme abordado no tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada.** deste trabalho.

⁸ Forma mais eficiente de se reduzir o volume do lixo e ainda gerar energia, porém, poluente pois emite gases poluentes e tóxicos decorrentes da combustão, fora que desvaloriza o ambiente ao redor, conforme se vê no tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada.** deste trabalho.

As cooperativas de reciclagem servem para ajudar a gerar empregos e colaborar para a valorização do trabalho de catadores de lixo.

Uma cooperativa do Distrito Federal, chamada “100 Dimensões”, realiza cursos de capacitação profissional, promove oficinas de artesanato com parte do material recolhido e é constantemente chamada para trabalhar em eventos.

A reciclagem auxilia no processo de preservação ambiental, ao passo que diminui o uso de recursos naturais para a fabricação de embalagens. (PENSAMENTO VERDE, 2014).

3. Das mazelas sociais

As mazelas sócias decorrentes dos lixões se confundem nos efeitos dos problemas decorrentes do desrespeito ao meio ambiente, se tornando uma questão de saúde pública inclusive.

Temos, mazelas ligadas a saúde, a qualidade de vida, e a degradação do meio ambiental etc., todas elas gerando prejuízos sociais extremamente lamentáveis.

3.1. Quanto às mazelas

Em relação ao tema podemos enumerar como principais mazelas:

- a) os efeitos nocivos à qualidade do ar, ocasionando doenças respiratórias e intoxicações;
- b) a proliferação de insetos e outros animais nocivos à saúde humana, propagadores de diversas doenças;
- c) doenças ligadas a contaminação do solo, principalmente com o choro e outras substâncias nocivas, bem como a contaminação do solo que favorece a contração de diversos vermes, bactérias, fungos etc.;
- d) contaminação de alimentos (intoxicações alimentares);
- e) doenças ligadas as contaminações das águas, tanto superficiais quanto subterrâneas, uma vez que o choro e outras substâncias nocivas ao meio ambiente e à saúde humana, acabam por se infiltrar no solo não tratado, e chegar aos lençóis freáticos, contaminando aquíferos, nascentes inclusive, o que torna considerável parte da água imprópria para o consumo humano e de animais e da flora;
- f) temos os efeitos prejudiciais aos catadores de lixo, quando lidam diretamente com lixo não tratado ou indevidamente destinado (como lixo hospitalar por exemplo, um exemplo, icônico no Brasil é o caso do Césio, elemento radiativo, descartado no lixo hospitalar que gerou várias vítimas atraídas pela sua luminosidade);
- g) exclusão social dos catadores de lixo, que são afetados inclusive psicologicamente devida à sua marginalização e na condição de dependência do lixo para sua subsistência básica;

h) a constante problemática ligada a moradia e a habitação de populações em áreas impróprias, ou de risco, como o de explosão devido aos gases formados pelo chorume e diversas matérias primas em decomposição;

i) a alteração do meio ambiente ao redor dos lixões, tanto em flora e fauna;

j) a diminuição considerável da qualidade de vida urbana (inclusive com poluição visual, e atmosférica do ar);

k) a desvalorização imobiliária das áreas próximas.

É comum em bairros não assistidos pelo serviço de coleta de lixo que o depósito dos lixos seja em locais impróprios, como encostas, rios e córregos. A população desses bairros negligencia os sérios danos que tais ações podem causar à biodiversidade e ao homem, diante disso destaca-se: dispersão de insetos e pequenos animais (moscas, baratas, ratos), hospedeiros de doenças como dengue, leptospirose e a peste bubônica.

O lixo acumulado produz um líquido denominado de chorume, esse possui coloração escura com cheiro desagradável, a substância gerada atinge as águas subterrâneas (aquífero, lençol freático), além disso, existe a contaminação dos solos e das pessoas que mantêm contato com os detritos, deslizamentos de encostas, assoreamento de mananciais, enchentes e estrago na paisagem.

Os lixões retratam além dos problemas ambientais os sociais, a parcela da sociedade excluída que busca nesses locais materiais para vender (papéis, plásticos, latas entre outros), às vezes as pessoas buscam também alimentos, ou melhor, restos para o seu consumo, muitas vezes estragados e contaminados, demonstrando o ápice da degradação humana (FOGAÇA, 2015).

3.1.1. Mazelas sociais de saúde pública

Serão ilustradas algumas mazelas ligadas a saúde pública, e as principais enfermidades decorrentes do meio dos lixões, conforme trecho a seguir:

Visto que essa destinação não possui nenhum critério sanitário de proteção ao meio ambiente, o resultado é que todo esse lixo contamina a água, o ar, o solo, o lençol freático, atraindo vetores de doenças, como germes patológicos, moscas, mosquitos, baratas e ratos. Entre as doenças que são geradas pelo acúmulo de lixo, temos: dengue, febre amarela, febre tifoide, cólera, disenteria, leptospirose, malária, esquistossomose, giardíase, peste bubônica, tétano e hepatite A.

Para piorar ainda mais a situação, nesses locais existem pessoas que estão ali para coletar matérias-primas para sobreviverem, incluindo crianças, que separam papelões, jornais, embalagens e assim por diante. Além das doenças mencionadas, essas pessoas correm o risco de pegar doenças com objetos cortantes, alimentos contaminados, de se ferirem com fogo, além da poeira, dos caminhões e máquinas (FOGAÇA, 2015).

De modo a sintetizar:

- a) contaminação do solo pelo chorume (líquido de cor escura proveniente da decomposição da matéria orgânica presente no lixo);
- b) contaminação das águas subterrâneas com a penetração no solo do chorume produzido pela decomposição do lixo;
- c) mau cheiro por causa da decomposição do lixo;
- d) aumento dos casos de doenças, pois o lixo atrai ratos, baratas e moscas. Além disso, ainda pode tornar-se criadouro de mosquitos vetores de enfermidades como a dengue;
- e) aumento do número de incêndios causados pelos gases que foram gerados a partir da decomposição dos resíduos depositados nos lixões (SANTOS, 2017).

A destinação inadequada do lixo gera, pois, uma gama de mazelas sociais aos cidadãos, além de ser uma questão social é também uma questão de saúde pública, pois como vimos envolve toda uma conjuntura ambiental, social que não pode ser ignorada como um problema longínquo e alheio a nós.

As mazelas sociais ligadas à destinação incorreta do lixo acabam por afetar a todos, de modo direto ou indireto, isto é, diretamente afeta aquelas pessoas que estão diretamente em contato com o material inadequadamente tratado e/ou que sobrevivem dessa coleta, indiretamente estão as pessoas que terão seus solos e águas contaminados, além de poluição urbana que se acumula pelas cidades.

3.2. Do panorama atual e dos desafios principais

Diante do exposto até aqui, nos deparamos com um dos pilares deste trabalho acadêmico, o panorama brasileiro com relação às mazelas sociais decorrentes da destinação e tratamento inadequado do lixo e os desafios ligados tanto a questão social como a questão ambiental.

3.2.1. Dos desafios

Existem como desafios os simultaneamente ligados à proteção dos recursos naturais do meio ambiente bem como com a manutenção da qualidade de vida das populações estão ligadas a uma manutenção de um modelo atrasado de subsistência, extremamente precário e arcaico, com mínimas condições de sustentabilidade, saúde e dignidade.

Urge, portanto, um comprometimento com uma gama de valores e atitudes sustentáveis, tal que todo os aparatos e práticas insustentáveis venham a ser devidamente substituídas e cessarem. Ora, pois, não se trata de um mero capricho a adoção da sustentabilidade, mas, sim, de uma questão de inteligência, lucratividade em amplos aspectos, sejam sociais, humanos, biológicos, econômicos e ambientais, tudo isso aspirando uma melhoria da qualidade de vida.

3.2.2. Do panorama

Devido à extensão dos dados estatísticos recentes sobre o retrocesso e dificuldades de aplicação da Lei nº 12.305/2010 (Lei Da Política Nacional Dos Resíduos Sólidos – PNRS), foram escolhidos apenas alguns trechos de duas fontes.

De modo resumido vemos em novembro de 2015 que dos 5.565 municípios brasileiros, somente cerca de 900 têm o serviço de coleta seletiva. A produtividade é baixa: apenas 12% do que é coletado é reciclado. Estima-se que cada pessoa produza, em média, 1,3 kg de resíduo sólido por dia. Desta forma, uma pequena cidade de apenas 10.000 habitantes produziria cerca de 10 toneladas de lixo diariamente (EQUIPE ONB, 2015).

Infelizmente, podemos notar em trecho da reportagem do site EXAME, de 2017, que “1559 cidades ainda possuem lixão no Brasil”:

Pela primeira vez, desde a vigência da Política Nacional de Resíduos Sólidos em 2010, houve retrocesso em toda a cadeia do setor

O relatório Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2016 revela que no ano passado aumentou o número de cidades que fazem uso de lixões a céu aberto, forma mais arcaica para destinação dos resíduos. Ao todo, 1559 municípios brasileiros (quase 30% do total) recorreram aos lixões, contra 1552 em 2015. Em todo o território nacional, existem 2976 lixões em operação. De acordo com as diretrizes PNRS, o país deveria extinguir todos os lixões até 2014

Outras 1774 cidades enviaram os resíduos para outro destino inadequado: os aterros controlados, espaços que não possuem impermeabilização do solo ou sistemas de dispersão de gases e do chorume derivados da decomposição do lixo.

No total, 59,8% das cidades brasileiras fazem uso de destinos considerados inadequados para descarte de lixo (BARBOSA, 2017).

4. Aspectos jurídicos e doutrinários

Neste tópico abordaremos um dos pilares principais do ordenamento jurídico brasileiro, que veio para harmonizar a questão dos lixões e se comunicar com as diversas legislações do meio ambiente, e inclusive com a própria Constituição Federal, a Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos.

4.1. Da Carta Magna e dos direitos constitucionais

Os avanços em defesa do meio ambiente no Brasil vieram desde a década de 60, 70 até que veio a ser devidamente constitucionalizados na Carta Magna de 1988, a qual passou tratar da temática ligada ao meio ambiente.

Quando há problemas de destinação indevida dos resíduos sólidos, como no caso dos lixões e similares, passam a existir dois problemas constitucionais envolvidos: o problema ambiental e o problema social.

4.1.1. Da seara ambiental

A Carta Magna de 1988 dedicou um Capítulo inteiro a proteção do meio ambiente, o Capítulo VI do Título VIII, com o artigo 225 seus parágrafos e incisos.

Temos também, além desse referido capítulo, o consagrado art. 170 que também trata da temática no que tange à necessidade de respeito à ordem econômica brasileira, do seu desenvolvimento, ao respeito pela valorização do trabalho humano e na livre iniciativa digna e ao meio ambiente, conforme vemos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios:

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Ocorre que tal princípio residente inciso IV, do artigo 170 da Constituição Federal (9), nos mostra a necessidade existir um desenvolvimento econômico harmônico e consoante com o meio ambiente, de modo a mantê-lo devidamente equilibrado, promovendo, pois, o desenvolvimento e o uso sustentável dos recursos naturais.

4.1.2. Da seara social

Com relação aos problemas sócias em pauta, temos as violações dos principais direitos previstos na *Constituição Cidadã*⁹ conforme vemos no seguinte posicionamento:

A constituição federal em seu artigo 6º menciona os direitos sociais sendo eles: “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados”. Além disso, em seu artigo 3º, inciso III, elege como objetivos fundamentais da

⁹ Sinônimo carinhoso para Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais a fim de promover o bem-estar de todos que componham essa sociedade. A carta magna preceitua como grande objetivo de Governo a proteção aos desamparados (artigo 203), mas atualmente não vemos nada sendo feito em benefício dessas pessoas. Se o direito protege a vida, o trabalho a educação a saúde o que se pode fazer para diminuir essa desigualdade social? As crianças, que deveriam estar na escola, estão vivendo em meio a essa realidade cruel e desumana (NASCIMENTO; PINTO COELHO, 2013).

4.2. Lei nº 12.305/2010, Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS)

O Brasil passou a ter um marco regulatório na área de Resíduos Sólidos. Por meio da lei que faz a distinção entre resíduo (lixo que pode ser reaproveitado ou reciclado) e rejeito (o que não é passível de reaproveitamento), sendo feita referência a todo tipo de resíduo: domésticos, industriais, da construção civil, eletroeletrônico, lâmpadas de vapores mercuriais, agro silvo pastoril, da área de saúde, perigosos etc.

A PNRS reuniu princípios, objetivos, instrumentos e diretrizes para a gestão dos resíduos sólidos, após abrangente discussão com os órgãos de governo, instituições privadas, organizações não governamentais e sociedade civil.

Para elucidar melhor as dimensões do problema tratado pela lei em questão, segue o seguinte trecho:

A Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), constitui-se em instrumento essencial na busca de soluções para um dos mais graves problemas ambientais do Brasil, o mal destino dado aos resíduos sólidos, impondo a necessidade premente de substituir os lixões a céu aberto por aterros sanitários como medida de proteção ambiental.

Segundo dados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizada em 2008, somente 27,7% das cidades brasileiras possuíam aterros sanitários, 22,5% possuíam aterros controlados e 50,8% das cidades despejavam o lixo produzido em lixões.

O Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2012, elaborado pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (Abrelpe), indica que a geração de resíduos no país cresceu 1,3% de 2011 para 2012, maior que o crescimento populacional que foi de 0,9%, sendo que do total de resíduos coletados 58% foram para os aterros sanitários, 24,2% foram para aterros controlados e 17,8% foram para os lixões (RAMOS, 2014).

4.2.1. Principais objetivos

Os principais objetivos são a não-geração, redução, reutilização e tratamento de resíduos sólidos, bem como destinação final ambientalmente adequada dos rejeitos. Diminuição do uso dos recursos naturais (água e energia, por exemplo) no processo de produção de novos produtos, promoção de ações de educação ambiental, aumento da reciclagem no país, promover a inclusão social dos catadores e populações dependentes dos lixões para sua subsistência, e a geração de emprego de modo adequado e legalmente previsto criando condições melhores de trabalho para os catadores de materiais recicláveis.

Uma das principais metas para resolução do problema dos lixões é a implantação dos aterros sanitários, em detrimento dos lixões e dos aterros controlados.

A meta do PNRS para implantação de aterros sanitários no Brasil:

O art. 54 do PNRS estabelece que “a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1o do art. 9o, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei”. Significa a decretação do fim dos lixões no Brasil até o ano de 2014 e sua substituição por aterros sanitários em todos os municípios brasileiros.

A propósito, devemos entender como disposição final ambientalmente adequada a “distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos” (art.3º, VIII). Significa a obrigatoriedade de implantação de aterros sanitários em substituição aos lixões e aterros controlados.

O art.9º, §1º da PNRS estabelece que “poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovado pelo órgão ambiental. Verifica-se que durante o processo de decomposição alguns produtos emitem o gás metano que através de técnicas de monitoramento, controle e coleta pode ser transformado em fonte de energia evitando sua dispersão na natureza (RAMOS, 2014).

4.2.2. O que se propõe

Um das principais propostas foi a instituição do princípio de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, incluindo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de saneamento urbano e tratamento de resíduos sólidos.

Propõe também a divisão das responsabilidades tanto de instituições públicas como de instituições privadas e da sociedade como um todo.

Propõe a chamada logística reversa, que consiste em um conjunto de ações para facilitar o retorno dos resíduos aos seus geradores para que sejam tratados ou reaproveitados numa reciclagem sustentável.

Art. 51. Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta Lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial às fixadas na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, e em seu regulamento. (RAMOS, 2014).

Deverá ser observada ainda a ordem de prioridade na gestão dos resíduos sólidos como a geração, reutilização, reciclagem, tratamento e a destinação adequada final dos resíduos sólidos, para que não seja prejudicado o meio ambiente.

Destarte, o art. 9º, *caput* do referido diploma legal estabelece que “na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos”. Portanto, a disposição final de rejeitos em aterros é a última das medidas a ser tomada (RAMOS, 2014).

4.2.3. Instrumentos

Segundo a Lei Nacional de Saneamento Básico o município é o titular do serviço público de saneamento. Entretanto a PNRS cria instrumentos primordiais, como elencados no seguinte trecho extraído do site do Ministério do Meio Ambiente, Planos de resíduos sólidos:

- I – inventários e o sistema declaratório anual de resíduos sólidos;
- II – coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;
- III – incentivo a cooperativas de catadores;
- IV – monitoramento e a fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária;
- V – cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos,

métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos;

VI – educação ambiental.

4.2.4. Políticas públicas complementares

A figura dos Consórcios Públicos intermunicipais ou interfederativos, tem aproximado os municípios dos Estados, e tem surgido como uma possibilidade concreta e assegurada nas Leis de Consórcios Públicos e de Saneamento Básico, para a gestão integrada dos resíduos sólidos nos municípios brasileiros. Deste modo, a gestão outrora considerada um problema socioambiental se torna uma preciosa oportunidade de ação do poder público na assistência à movimentos e diversos grupos *sociais*.

O propósito fundamental da PNRS, em face da crescente produção de resíduos sólidos, é estimular a coleta seletiva, a reciclagem e o reaproveitamento de tudo o que for possível indo para os aterros sanitários apenas os rejeitos.

A eliminação dos lixões do país e implantação de aterros sanitários em todos os municípios brasileiros requer a atuação concreta de todos os setores envolvidos no processo do ciclo de vida dos produtos. Nesse aspecto, a implantação da coleta seletiva sem participação social é inviável; a disposição de resíduos em aterros sanitários sem constantes monitoramentos e investimentos tecnológicos é ineficaz; da mesma forma, não se pode falar em não geração, redução, reutilização e reciclagem de resíduos sólidos sem educação ambiental. Enfim, a implementação das diretrizes impostas pela PNRS requer a adoção de políticas públicas que envolvam toda a sociedade (RAMOS, 2014).

4.2.5. Relação com outras leis

Existe uma intertextualidade com leis ¹⁰como a Lei Nacional de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/07), com a Lei de Consórcios (Lei nº 11.107/05), e seu Decreto regulamentador (Decreto nº. 6.017/2007).

Também há relação com as Políticas Nacionais de Meio Ambiente, de Educação Ambiental, de Recursos Hídricos, de Saúde, Urbana, Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior, e as que promovam a inclusão social.

5. Conclusão

O ser humano é dotado de inteligência e sapiência e, necessariamente, depende de suas relações com o meio ambiente para viver e subsistir. O consumo sempre existirá enquanto houver vida na Terra, porém, o que importa de fato, é como será este consumo.

¹⁰ Todas elas disponíveis no site do Palácio do Planalto: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>.

Vimos que o modo mais arcaico é consumir, explorar indiscriminadamente o meio ambiente e simplesmente descartar os dejetos de qualquer modo (Dos lixões); porém, essa alternativa se mostrou com o tempo imprópria e ineficaz, ao passo que o volume de lixo apenas aumentava e os espaços para o depósito, com o crescimento das populações das grandes cidades, apenas diminuía enquanto o volume das pilhas aumentava.

Por muito tempo o problema dos lixões, literalmente, apenas se avolumou, causando ainda, acidentes, doenças, contaminações ao subsolo, lençóis freáticos, marginalidade e diversos problemas sociais, ao passo que comunidades excluídas passaram a buscar sua subsistência com os materiais descartados nesses locais.

Criaram-se então os aterros, a posteriori com o decorrer do tempo, a princípio dos aterros controlados (Lixões Melhorados) e por último Dos aterros sanitários (locais planejados e adequados para o depósito do lixo, embora limitados). Porém mesmo assim, o problema do volume apenas crescia, ainda que solucionado parcialmente pelos aterros sanitários.

Surgiram Dos Incineradores para reduzir o problema do volume dos lixões, e aterros, e se mostraram muito eficiente nisso, porém com um alto custo; tanto financeiro, para realização do processo, como ambiental devido a poluição atmosférica gerada durante o processo de incineração, bem como social.

Uma nova alternativa então passou a se avolumar e a raiar no horizonte, isto é a Das usinas e cooperativas de reciclagem. A partir do instante em que pessoas começaram a coletar de modo sistemático e organizado material já utilizado, para reciclá-lo ao invés de apenas descartá-lo o que se mostrou vantajoso e lucrativo para todos. Surgiram então as corporativas e usinas de reciclagem as quais passaram a crescer, como uma forma de fonte de renda para os catadores e como um meio de preservação do meio ambiente.

Porém ainda existe um grande problema que precisa ser solucionado, paulatinamente, a implantação da cultura de reciclagem e do consumo sustentável, falamos, pois, de hábitos e costumes de outrora que precisam ser substituídos, desde já, ao começar por nossos lares, para então avançar reinar na sociedade.

Por fim, eliminar os lixões e dar destinação correta é uma questão primordial na garantia dos direitos constitucionais assegurados pela Carta Magna, pois enquanto forem negligenciados existirão os famosos lixões ou aterros controlados que alimentam uma gama de mazelas sociais perpetuamente para aqueles que dependem da coleta de materiais e resíduos para a reciclagem e para sua subsistência.

Neste ano de 2018, a Constituição Federal de 1988 completará 30 anos, e em seu corpo contém tatuados para ser lembrado um rol de direitos primordiais a serem respeitados, sejam os direitos de dignidade da pessoa humana, os diversos direitos Sociais, sejam os Direitos ao Meio-Ambiente sustentável e equilibrado; portanto, é inconcebível que continue existindo o desrespeito materializado na figura dos lixões mormente, e de suas mazelas sociais, cabe a todos nós, portanto, cobrar, vigiar e agir dentro de nosso limite para que essa triste realidade se torne apenas história nos próximos 30 anos.

5. Referências bibliográficas

FIGUEIREDO, Magda Suely Lima. Lixões urbanos e gestão municipal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=528>. Acesso em: 29 set. 2018.

RAMOS, Silma Pacheco. A Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos e a meta de implantação de aterros sanitários no Brasil. **Boletim Jurídico**, a. 13, n. 1147, 2014. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3256/a-lei-politica-nacional-residuos-solidos-meta-implantacao-aterros-sanitarios-brasil>>. Acesso em: 16 set. 2018.

FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. Diferença entre lixão, aterro controlado e aterro sanitário. **Mundo Educação**, 2015. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/quimica/diferenca-entre-lixao-aterro-controlado-aterro-sanitario.htm>>. Acesso em: 17 set. 2018.

PENSAMENTO VERDE. Saiba como funciona uma cooperativa de reciclagem. **Pensamento Verde**, 2014. Disponível em: <<https://www.pensamentoverde.com.br/reciclagem/saiba-funciona-cooperativa-reciclagem/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

SANTOS, V. S. D. Problemas causados pelos lixões. **Alunos Online**, 2017. Disponível em: <<https://alunosonline.uol.com.br/biologia/problemas-causados-pelos-lixoes.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.

EQUIPE ONB. Lixões ainda fazem parte da realidade do Brasil. **Organics New Brasil**, nov. 2015. Disponível em: <<https://organicsnewsbrasil.com.br/meio-ambiente/especial-lixoes/lixoes-ainda-fazem-parte-da-realidade-do-brasil-2/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BARBOSA, Vanessa. 1559 Cidades ainda possuem lixão no Brasil. **Revista Exame**, 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/1559-cidades-ainda-possuem-lixao-no-brasil/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

NASCIMENTO, Tânia Lúcia da Silva do; PINTO COELHO, Vânia Maria Bemfica Guimarães. O lixão, os resíduos, a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente. **Jus Fativa**, Varginha, 2013. Disponível em: <<https://www.fativa.edu.br/documentos/jusfativa/2013/17.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Legislação brasileira prevê fim dos lixões. **Ministério do Meio Ambiente**, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/6462-legislacao-brasileira-preve-fim-dos-lixoes>>. Acesso em: 17 set. 2018.

SUA PESQUISA. Microclima urbano. **Sua Pesquisa.com**, 2018. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/geografia_do_brasil/microclima_urbano.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

Representação política no Brasil: características, impasses e perspectivas

Ana Flávia Alves Canuto Veloso¹

Sumário: Introdução; 1. A Democracia Representativa; 1.1 A Consolidação da Democracia Representativa; 1.2 A Representação Política; 1.2.1 A Origem Histórica da Representação Política; 1.2.2 A Representação Política Moderna – O Mandato Livre; 2. As Transformações e a Desvalorização da Representação; 2.1 A Distância entre Eleitor e Eleito e a Questão da Representatividade; 2.2 A Confiança dos Representados em seus Representantes; 3. A Representação sob nova ótica; 4. Considerações Finais; 5. Referências bibliográficas.

Resumo: A democracia representativa, apesar das inúmeras críticas que sofre, ainda é o regime de governo mais apropriado às sociedades ocidentais atuais, que são complexas e muito populosas, inviabilizando a participação popular direta em todos os assuntos políticos. Em seus primórdios, a representação foi exercida de forma análoga à empregada no direito privado, estabelecendo uma relação de delegação entre representados e representantes, de modo que estes deviam obedecer estritamente às instruções passadas por aqueles. Após a Idade Média, constatou-se que o mandato imperativo não era adequado, pois limitava e até impossibilitava o exercício da representação, vez que não era possível aos representantes consultarem os representados toda vez que surgia uma questão nova. A partir de então, consolidou-se o mandato livre como a regra da representação política. Por meio dele, o eleito não representava apenas os seus eleitores, mas toda a nação, podendo agir livremente para buscar o interesse e o bem comum. Mas a representação política também carrega questões que naturalmente desvalorizam seu exercício, como a distância existente entre representantes e representados. Esta decorre da complexidade e desconhecimento dos assuntos políticos pelos cidadãos, da distância física mantida entre eles, da perda de identidade entre os dois lados e do desinteresse da população por política, o que provoca pouco envolvimento com as decisões políticas. A perda da identidade decorre, no Brasil, da falta de confiança dos eleitores nas instituições políticas e nos eleitos e precisa ser revertida para não se comprometer o processo representativo. A população também precisa envolver-se mais nos assuntos políticos, para tornar a relação entre representantes e representados mais efetiva e atingir seu objetivo de promoção dos interesses comuns.

Palavras-chave: Representação política, mandato representativo livre, confiança

1. Introdução

¹ Advogada e Professora dos cursos de Direito do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI) e da Faculdade Pitágoras de Uberlândia, Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco, Área de Concentração: Direito do Estado. E-mail: anaflavia@ecaa.adv.br.

Apesar de todas as ressalvas e críticas ao seu funcionamento, a democracia ainda se mostra como o mais adequado regime de governo para as variadas sociedades ocidentais atuais. Mas a democracia direta, praticada nos seus primórdios, já não se mostra possível há muitos séculos, tanto em virtude da complexidade das sociedades e dos assuntos políticos, como das grandes populações dos Estados atuais, não sendo viável a consulta a todos os cidadãos sobre todas as decisões políticas a serem tomadas.

Em função disto, o formato democrático que se mostrou possível e se mantém até hoje, foi o da representação, por meio do qual o corpo popular elege representantes para cuidarem, em seu nome, dos assuntos políticos. Desta forma, a representação política consolidou-se como elemento componente da democracia moderna, sendo por vezes, empregado de forma sinônima.

Aceita a representação como inevitável, foi necessário definir a natureza e os limites desta. Quando de seu início, o mandato representativo era imperativo, com características de delegação, semelhante ao mandato do direito privado, em que o representado dá orientações estritas ao representante e este fica vinculado a elas, podendo ser punido pelo descumprimento, com a perda do mandato e a responsabilização pelos prejuízos. Esta modalidade vigorou até a Idade Média, após a qual constatou-se que a orientação pormenorizada da atuação dos representantes era inapropriada ao exercício da função, tornando a representação ineficiente e impossibilitando o exercício em determinados momentos, visto que não era possível aos representantes consultar os representados sempre que precisassem deliberar sobre questão nova.

Diante disto, a representação ganhou nova delimitação, passando o mandato a ser livre e autorizando-se o representante a agir conforme sua consciência, para melhor resolver as questões a ele postas, de forma a atender os melhores interesses da nação, pois, neste formato, ele não mais tinha vínculo de obediência a seus eleitores, devendo representar a todos, inclusive a quem não o havia eleito.

Mas a representação política por mandato livre traz em si a característica de promover uma distância natural entre representantes e representados, gerada pela complexidade e desconhecimento dos assuntos políticos pelos cidadãos e pela própria distância física mantida entre eles, a qual, se não for trabalhada para ser reduzida e aumentar a interação entre os dois lados, arruína por completo o processo representativo. O aumento da distância entre eleitores e eleitos advém da perda de identidade entre eles e provoca um descrédito destes e uma desilusão daqueles que se desinteressam cada vez mais pela política e passam a questionar, até mesmo, o cabimento e a necessidade da própria representação.

Com base em dados obtidos em 2014, pode-se afirmar que no Brasil, não há grande identidade entre eleitores e eleitos. A maior parte da população não confia nas pessoas, no governo, na justiça e nos partidos políticos. A maioria também acredita que os políticos eleitos poderiam ser substituídos por técnicos especializados nas diversas áreas governamentais, demonstrando que confiariam mais em seu trabalho do que no dos representantes eleitos.

É perceptível como os representantes não atendem às expectativas de seus representados, fazendo um governo pouco responsivo, que não responde aos anseios populares e por isso, não constrói o vínculo de identidade e satisfação esperado, muitas vezes atuando como se devesse servir apenas a poucos ou aos interesses próprios.

Mas a perda de identidade na relação da representação não se deve apenas às más condutas dos eleitos. É gerada, também, pelo desinteresse e pela desinformação dos eleitores, em que boa parte declaradamente não se interessa por política e uma grande parte utiliza a mídia e, principalmente, a televisão, para se informar sobre políticos e políticas, meios estes que não se comprometem com a neutralidade e alguns, nem mesmo com a veracidade dos fatos.

Diante disto, o cabimento do retorno das instruções ao mandato eletivo, retomando-se a democracia direta, surge como uma alternativa para o resgate da identidade entre eleitores e eleitos. Ao lado disto, também se cogitam o aumento da educação e orientação política da população, para que se incentive a sua maior participação no controle do exercício das funções representativas durante o mandato.

Em meio a todo este cenário, o presente trabalho propõe o estudo da representação política no Brasil, suas origens, os problemas de identidade e confiança entre representantes e representados e as percepções mais modernas sobre a representação.

O estudo torna-se importante porque as discussões políticas dos últimos anos, sobretudo os últimos três, despertaram o interesse popular para uma maior compreensão e participação das decisões políticas, além de gerar cobranças dos cidadãos por comportamentos mais adequados dos políticos.

O objetivo é compreender a representação política no Brasil atualmente, bem como a validade de sua manutenção como está ou a necessidade de sua reformulação.

Para alcançar os objetivos definidos, foi utilizado, precipuamente, o método indutivo de abordagem, partindo-se da análise de dados e constatações particulares para planos cada vez mais abrangentes, por meio de uma conexão ascendente, até se chegar às leis e teorias gerais aplicáveis ao cenário atual da representação política no Brasil, inclusive de suas perspectivas e possibilidades.

Os dados e informações analisados não foram produzidos nesta pesquisa, não sendo, portanto, primários, e sim secundários, obtidos em outros trabalhos e pesquisas já realizadas sobre o tema ou sobre assuntos relacionados. A obtenção dos mesmos deu-se por meio da técnica de documentação indireta, caracterizada pela pesquisa documental e bibliográfica, conforme definido por Marconi e Lakatos (2009, p. 110).

No que respeita à dogmática jurídica, assim definida por Robert Alexy (2008, p. 33-36), o presente trabalho é dogmático, na dimensão analítica, ao estudar a definição e analisar a representação política por meio do mandato eletivo, sua configuração atual, as possibilidades de controle e participação dos eleitores, além da confiança destes, da distância estabelecida entre representantes e representados e os reflexos na representatividade e na qualidade da democracia. Na dimensão empírica, ao constatar se é aceitável e válida, à luz do Direito Brasileiro, a adoção de mudanças no processo representativo para ampliar a confiança popular, diminuindo a distância entre representantes e representados, e melhorar a representatividade e a qualidade da democracia brasileira. Finalmente, na dimensão normativa, ao identificar as instituições do cenário político brasileiro atual, seus comportamentos e relacionamentos, criticando ou justificando o modelo, não apenas com base no direito positivo, mas também em novos parâmetros sociais e políticos, levando à crítica e provocando a releitura da práxis jurídica.

2. A democracia representativa

2.1. A consolidação da democracia representativa

A democracia não era defendida ao tempo do surgimento do constitucionalismo moderno. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 51-53), estabelecer a democracia como regime de governo não era o objetivo deste movimento, pois o governo ideal defendido nesta época, era o representativo, então dissociado da democracia. O governo representativo era associado à república e compatível com a monarquia, admitindo-se a monarquia republicana como governo representativo.

Em seus primórdios, a democracia era repudiada, pois, ao estabelecer que o Poder Supremo pertenceria ao povo e seria por ele exercido, já que o único modelo democrático conhecido então era o ateniense, pensava-se que seria um governo da camada menos qualificada e esclarecida do povo. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 52).

Por isso, a representação era valorizada. Em função da incompetência do povo para os assuntos do governo, as decisões políticas deviam ser deixadas exclusivamente a cargo dos representantes, defendendo-se, assim o governo representativo em oposição à democracia, como demonstra a opinião, dentre outros, de Montesquieu (2008, Livro XI, Cap. VI):

A grande vantagem dos representantes é serem capazes de discutir os negócios. O Povo não está apto para isso, o que constitui um dos grandes inconvenientes da Democracia. [...]

O Povo não deve participar do Governo senão para escolher os seus representantes, o que está muito ao seu alcance. [...]

Ao analisar as formas de governo e suas qualidades, Bobbio (2010, p. 142-143) esclarece que os clássicos do pensamento moderno Bodin, Hobbes, Locke, Vico, Montesquieu, Kant e Hegel eram favoráveis à monarquia e contrários à democracia. Sieyes também não era adepto da democracia, segundo Ferreira Filho (1979, p. 11).

Os argumentos contrários à democracia eram de dois tipos, os relativos ao sujeito governante, isto é, a assembleia popular, que era considerada incompetente e demagoga, além de ser prejudicada pelos partidos, os quais atrapalhavam a formação de uma vontade coletiva, e os relativos ao modo de governar, possibilitando maior corrupção e menor segurança (BOBBIO, 2010, p. 144).

À exceção de Rousseau, segundo quem a soberania não se representa, pois traduz a vontade geral (2010, p. 74-76. Do Contrato Social, Livro III, Capítulo XV), os pensadores do século XVIII não concordavam com o exercício direto do poder, defendendo a necessidade de designação de representantes habilitados e preparados ao desempenho da função pública (FERREIRA FILHO, 2012, p. 52-53).

No entanto, segundo Gilberto Bercovici (2005, p. 285), em um escrito posterior sobre o governo da Polônia, Rousseau acabou admitindo a representação política como

inevitável para os Estados de grande extensão territorial, passando a apontar como principal problema da mesma a corrupção dos representantes.

A distinção entre democracia e governo representativo, então associado à república, também era nítida nas opiniões dos teóricos fundadores dos Estados Unidos da América. Os federalistas acreditavam ser indevida a implementação da democracia em territórios extensos e com população numerosa, vislumbrando como única possibilidade para estabelecer um bom governo nestes casos, a instalação da república representativa (Madison, *The Federalist*, nº 10, 2001, p. 58).

Além do problema da extensão territorial e da quantidade de pessoas a serem governadas, Madison ainda aponta como problema na democracia – por ele considerada apenas a direta – a própria falta de qualidade na tomada de decisões, ao expressar que “[...] pode acontecer que a voz pública, pronunciada pelos representantes do povo, seja mais consagrada ao bem público do que se for pronunciada pelas próprias pessoas, convocadas para esse propósito. [...]”² [Tradução livre] (2001, p. 59)

Segundo Ferreira Filho (2012, p. 53), atribui-se a John Stuart Mill a primeira identificação entre governo representativo e democracia.

Isto porque, em sua obra dedicada a esmiuçar o governo representativo, escrita em 1861 (2006, p. 65), Stuart Mill afirma, ao concluir um capítulo sugestivamente intitulado “Capítulo III – A forma de governo idealmente melhor é a representativa”, que:

[...] o único governo capaz de satisfazer completamente todas as exigências do estado social é aquele em que o povo todo possa participar; [...] Porém, uma vez que é impossível, em uma comunidade maior do que uma única cidade, que todos participem pessoalmente de todos os negócios públicos, a não ser de muito poucos, conclui-se que o tipo ideal de governo perfeito deve ser o representativo.

Segundo Ferreira Filho (2012, p. 54), depois disto a expressão democracia representativa passou a ser usada como sinônimo de governo representativo, admitindo-se, portanto, sua compatibilidade e adotando-se a diferenciação entre democracia antiga, correspondente à direta, e democracia moderna, sinônimo da representativa.

Entretanto, Bobbio (2010, p. 151-152) chama a atenção para a obra de Alexis de Tocqueville, que em 1835 publicou o Livro I de *A Democracia na América*, no qual reconhece o governo dos Estados Unidos da América como uma democracia, consolidando, segundo o autor italiano, a contraposição entre a democracia dos modernos e a democracia dos antigos.

De fato, Tocqueville, no Capítulo IV da Primeira Parte do Livro I, dedicado ao estudo do princípio da soberania popular na América, faz várias referências ao governo democrático existente naquele país, associando sempre o sufrágio, a representação e a participação popular a ele (2010, p. 72).

² [...] it may well happen that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose. [...] [Texto original]

De toda sorte, as posições de ambos reforçaram-se para consolidar a ideia da democracia representativa ou moderna como a única possibilidade nos Estados modernos e de grandes extensões territoriais, em contraposição à democracia ateniense ou antiga, que era direta.

Segundo Bobbio (2010, p. 153), o Estado representativo foi se consolidando na Inglaterra e de lá se difundindo a outros países europeus, nas primeiras décadas do século XIX, e seguiu duas linhas para se democratizar. A primeira foi o alargamento do direito ao voto até se alcançar o sufrágio universal masculino e feminino. A segunda foi o desenvolvimento do que ele denomina “associacionismo político” até a formação dos partidos de massa e o reconhecimento de sua função pública.

Contudo, este avanço na formação de democracias representativas não pôs fim às críticas, mantendo-se, ainda, os grupos que viam a democracia direta como única forma verdadeira de governo do povo e a defendiam. Neste sentido, Rubens Beçak (2014, p. 62-63) chama a atenção para a utilização histórica da falta de vinculação entre as vontades de eleitos e eleitores como elemento de ataque aos sistemas democráticos representativos.

Note-se, também, que sob a denominação de democracia direta não se inclui apenas o governo com participação direta do povo na tomada de decisões públicas, mas também o governo do povo por meio de políticos eleitos para mandatos imperativos e, portanto, revogáveis, caracterizando-se mais como delegados do que como representantes. Igualmente nos casos de governos por assembleias e de *referendum*. De acordo com Norberto Bobbio (2010, p. 154-155), que aponta estas possibilidades e é repetido por Beçak (2014, p. 63), o governo com mandatos imperativos foi adotado na Constituição Soviética de 1936. Mas a primeira (1917) e última (1977) Constituições soviéticas também trouxeram esta previsão.

Os outros dois formatos de democracia direta apresentados não têm, para Bobbio, condições de compor, por si sós, alternativa ao Estado representativo moderno, no que ele está correto.

1.2. A representação política

1.2.1. A origem histórica da representação política

A representação iniciou-se, segundo Jellinek (2000, p. 507-513), na Antiguidade, na Grécia e Roma antigas. A representação era uma ideia estranha a elas, tendo em vista a atuação direta do povo nas assembleias populares e conselhos da república. Mas, mesmo nelas, quando não era possível a reunião geral do povo para atuação e deliberação, a representação por magistrados se fazia necessária. Tratava-se de uma representação livre, sem vinculações a instruções prévias dos representados, pois as ações dos magistrados eram consideradas ações do próprio povo e capazes, portanto, de obrigá-los.

Durante os principados, entendeu-se, com amparo nas concepções de Ulpiano, que o príncipe havia reclamado para si todo o direito do povo, sendo, portanto, seu único representante, desaparecendo a ideia da responsabilidade e, por consequência, da representação desempenhada pelas altas magistraturas.

Na Idade Média, a representação foi retomada, por conta de os estados feudais terem grandes dimensões territoriais e o povo não conseguir reunir-se com regularidade, observando-se um natural distanciamento deste do exercício do poder. Fizeram-se necessários, assim, os órgãos de representação e a prática passou a ser a representação orientada pelas instruções dos representados, com a figura do contrato de representação, a partir do qual se podia destituir o representante, bem como cobrar os prejuízos causados por ele ao mandante, na atuação além das atribuições concedidas.

Entretanto, os mandatos imperativos foram se tornando, ao longo do tempo, empecilho para decisões e deliberações frutíferas, pondo fim às instruções. Ainda de acordo com Jellinek (2000, p. 511-513), o fim das instruções foi ocorrendo gradualmente na Inglaterra, onde elas passaram a ser feitas cada vez mais genéricas, para abarcar interesses e compromissos surgidos a partir de questões que os eleitores não podiam prever, dando-se uma margem tão grande de atuação aos representantes, que foram perdendo o valor na prática. Na França, tiveram fim nos últimos dias de reunião dos Estados Gerais, quando, em 23 de junho de 1789, o rei Luís XVI manifestou-se contrário à subordinação estreita dos representantes, declarou nulas as limitações e proibiu o mandato imperativo daí por diante, embora muitos representantes tenham continuado a receber instruções detalhadas e a defender sua força obrigatória.

A partir de então, o mandato político representativo livre tornou-se a regra, carregando a noção de que cada eleito representa não apenas seus eleitores, mas todos³.

1.2.2. A representação política moderna – o mandato livre

Parece ser consenso entre estudiosos de Ciências Sociais, Políticas e Jurídicas que, no governo representativo, os representantes não devem ser meros delegados a cumprir instruções previamente estabelecidas pelos representados, como ocorria nos mandatos imperativos praticados antes da Revolução Francesa (SOUSA, 1971, p. 7) e na União Soviética. Devem sim ser seus representantes e, em seu lugar, tomar as decisões mais acertadas, dado que são mais graduados para isto. Como consequência, a resposta que o povo recebe é a prestação de contas dos representantes após certo período de governo, quando ocorre nova eleição.

Vittorio Emanuele Orlando, citado por Ferreira Filho (2012, p. 110), define a representação política, afastando-a definitivamente do instituto homônimo do direito privado: “A eleição não gera nenhuma relação de mandato entre representante político e eleitor. A eleição, isso sim, é uma designação de capacidade. Dela recebe o eleito o poder de querer pela Nação, ou melhor, o de participar da formação e da expressão dessa vontade.”

Mas esta representação política, necessária para viabilizar o “governo do povo” nos Estados atuais, de grandes dimensões territoriais e populacionais, conduz, na opinião de alguns, ao não governo do povo, pois, havendo um mandato livre, quem governa é a

³ Neste aspecto, é necessário ressaltar que, à época da Revolução Francesa, ocorrida depois de se impor o fim das instruções e do mandato imperativo, a ideia de soberania popular não predominava. A titular do poder supremo era a nação, prevalecendo a soberania nacional. Logo, cada representante representava a nação inteira.

minoría eleita por aquela maioria habilitada a participar da política pelas eleições.⁴ Ou seja, depois de eleitos, os representantes tomam decisões independentemente de qualquer vínculo com os representados, sob a justificativa de serem mais bem preparados e de não ser possível prever as situações a que serão instados a se manifestar, para contarem com a opinião prévia dos representados a respeito. Não bastasse isto, a pequena participação dos governados nas eleições ainda não é estendida a todos, mas apenas à maioria qualificada para exercer a cidadania.

Mas na opinião de outros, como Nadia Urbinati (2006, 192-194), a representação não reduz a participação popular, pois conecta a sociedade e as instituições. Mantém, portanto, o governo do povo.

Para ela, a representação promove uma unificação política que não pode ser definida como acordo contratual entre eleitores e eleitos, nem como um sistema de competição que aponte aqueles que deverão pronunciar o interesse geral de todos. O representante político é único não porque substitui o soberano ausente e age indiscriminadamente em seu nome, mas justamente pelo contrário, porque não o substitui e sim permanece em constante harmonia com ele, que continua presente e se faz ouvir, a fim de conseguir aprovar leis legítimas, isto é, leis consoantes com as vontades e necessidades deste mesmo povo soberano.

Assim, na opinião da autora, a representação estimula um ganho de política, vez que os cidadãos soberanos ratificam e recapitulam, regularmente, as ações e promessas dos representantes e dos candidatos, o que reforça a ideia da presença e não da ausência do soberano, de seu intercâmbio e da constante participação popular, e não sua exclusão.

Esta representação política moderna, sob o formato do mandato livre, tornou-se célebre em uma de suas primeiras defesas, feita por Edmund Burke (2012), em seu *Discurso aos Eleitores de Bristol*, proferido em 03 de novembro de 1774, opinião que restou consolidada pela promulgação da Constituição Francesa de 1791 (AIETA, 2006, Tomo III, p. 116-117 e BEÇAK, 2014, p. 22)⁵, prevendo expressamente em seu artigo 7º da Seção III, a existência de representantes da nação inteira e não apenas de departamentos específicos. A partir de então, o mandato imperativo, como pensado no fim da Idade Média, estabelecendo-se orientações aos representantes eleitos para o cumprimento do mandato passou a ser rechaçado (AIETA, 2006, Tomo III, p. 108 e SOUSA, 1971, p. 7).

⁴ De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 57 e 1979, p. 22-23), Platão, Pareto, Raymond Aron, Maurice Duverger e Gaetano Mosca afirmam que o povo não se governa. Este último ainda complementa dizendo que o povo não pode fazê-lo nem jamais o fez, tendo sido sempre governado por uma classe dirigente minoritária. Ainda sobre o tema, Ferreira Filho (1979, p. 23-24) arremata:

“É da natureza das coisas, pois, que o poder seja sempre exercido por uma minoria. É sempre uma elite que prepondera nas decisões políticas”. Karl Loewenstein (1976, p. 61) também concorda, afirmando que “E pertence à biologia do processo de poder que a liderança política esteja nas mãos do governo, um grupo pequeno e efetivo com capacidade de ação, em vez de ser exercido por uma assembléia com múltiplos membros, lenta e muitas vezes incapaz de formar uma vontade política unida.” [Tradução livre]

No mesmo sentido, Giovanni Sartori (1962, p. 109) também afirma que: “Temos pois que o papel dos simples cidadãos na atividade de governo é *negativo*, passivo e não positivo. [...] É pois sempre o representante que *quer* pelos representados, e é só no momento em que um parlamento delibera, que a vontade do eleitorado ganha expressão e uma articulação adequada”.

⁵ Algumas constituições do século XX ainda proíbem/proíbiam o mandato imperativo, como as Constituições de Weimar (art. 21), da Itália (1947, art. 67), da Alemanha (1949, art. 38.1), da França (1958, art. 27), da Espanha (1978, art. 67.2), conforme FERREIRA FILHO (2012, p. 71)

Tornou-se unânime, então, a ideia de que a representação deveria ser exercida por meio de mandatos livres, de forma que os eleitos representassem não apenas aqueles que os elegeram, mas todos os eleitores do Estado, fazendo o que julgassem correto, necessário e devido ao bem geral de todos e ao progresso do Estado como um todo, atendendo apenas a suas consciências, independentemente da vontade expressa dos representados e podendo, até mesmo, contrariá-las.

Até mesmo porque, como observado por Burke, os assuntos públicos são complexos e é impossível os eleitores anteverem todas as discussões por que passarão os eleitos na defesa dos interesses populares para definirem as posições a serem adotadas por seus representantes. As políticas públicas envolvem uma infinidade de questões mais profundas do que simples vontades, como ele bem coloca.

Neste sentido, Burke deixa claro que o representante “em todos os casos, [deve] preferir os interesses deles [eleitores] aos seus próprios.” (p. 100), afirmação que a prática tornou bastante questionável ao longo da história, sobretudo no Brasil.

2. As transformações e a desvalorização da representação

2.1. A distância entre eleitor e eleito e a questão da representatividade

A falta de identidade entre eleitor e eleito, sobretudo após a eleição, pode ser resultado do pouco interesse dos eleitores no momento da eleição, ou seja, da falta de análise dos programas e perfis dos candidatos e dos partidos, ponto característico dos sistemas proporcionais, segundo Ferreira Filho (2012, p. 76-77).

Os sistemas eleitorais influenciam o número de partidos políticos e sua organização no meio político, influência que repercute, segundo Ferreira Filho, sobre a representação, dada a motivação pela qual o eleitor é levado a escolher entre opções mais ou menos restritas de partidos. No sistema majoritário simples, como o representante não é visto como o porta-voz das ideias políticas do representado, mas sim como gestor dos interesses locais, isto geralmente determina seu voto, situação que não muda muito no sistema majoritário de dois turnos.

Já no sistema proporcional, a orientação ideológica tende a prevalecer, mas competindo com outras, como a religiosa e a corporativa. Assim, a opção do eleitor pelo partido acaba sendo determinada pela escolha pessoal do candidato, geralmente em função da identidade de ideias e de sua empatia. Até mesmo porque a decisão eleitoral não constitui operação racional na maior parte das vezes. Se fosse, os eleitores fariam suas escolhas com base nos programas partidários, nas propostas de campanha e nos currículos dos candidatos, que seriam minuciosamente analisados antes da disputa, mas que quase nunca o são.

Desta forma, o voto no Brasil, no mais das vezes, tem motivações irracionais, vez que “[...] o eleitor escolhe entre pessoas, não entre programas, que não conhece, ou considera irrelevantes, pois não descrevem o desiderato do partido e, sim, desenvolvem temas de apelo eleitoral.” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 77).

Neste mesmo sentido é a conclusão de Mainwaring *apud* Carneiro (2014, p. 45), ao analisar o caso brasileiro e concluir que as regras do sistema conduzem o eleitor a

escolher representantes com base em seus atributos pessoais e não em função da filiação partidária. Isto se deve, para ele, ao grande número de partidos políticos que o sistema proporcional viabiliza, dificultando a identificação das propostas das legendas pelo eleitor, e à possibilidade de mudança de partidos pelos representantes já eleitos, o que aumenta a desconfiança, já que os próprios políticos profissionais não são fiéis às suas legendas partidárias. Deve-se considerar que esta análise foi feita em 1999, quando a fidelidade partidária ainda não havia sido estabelecida pelo TSE e pelo STF, e a troca de partidos era feita sem restrições. Hoje, as trocas imotivadas são proibidas, mas existem as exceções, chamadas de justas causas⁶. De toda forma, ainda se tem a ideia de que não há comprometimento entre os políticos e nem sempre é fácil identificar a ideologia seguida por cada um.

A vinculação do voto às qualidades pessoais dos candidatos e não aos desideratos partidários é tão visível, que inclusive a eleição é toda pensada observando este comportamento do eleitor. Os temas e ideias expostos nas campanhas ultimamente têm sido definidos por publicitários especializados, os chamados “marqueteiros”, que também definem condutas, vestimentas e falas dos candidatos, tudo com vistas a corresponder ao máximo as expectativas do eleitor e aumentar a identidade pessoal com ele, garantindo o sucesso nas urnas.

Muitas vezes, os eleitores utilizam como fonte de informações acerca de políticos e política, os meios de comunicação de massa, sobretudo a televisão, que, não raro, são parciais na apresentação dos fatos e dos candidatos. Desta forma, por vezes, ocorre uma “[...] manipulação que influencia o eleitorado, suscitando “ondas” a favor ou contra este ou aquele partido ou candidatura. Ou sufocando-os com o silêncio que os torna como que inexistentes.” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 78)

Por isso é que, segundo o autor (2012, p. 79), a mídia chega mesmo a substituir os partidos, “[...] levantando bandeiras, desencadeando campanhas, reclamando políticas.” E, de fato, é grande a influência exercida pela mídia, sobretudo pela televisão, sobre a grande massa eleitoral, quando escolhe o que exibir para construir ou destruir imagens e candidaturas.⁷

Os dados obtidos nos Resultados do Brasil da Pesquisa Mundial de Valores (World Values Survey), referentes à Onda 6, composta por dados obtidos em 2014⁸, confirmam a confiança que a população brasileira deposita sobre a imprensa e a televisão. 38,7% dos entrevistados declararam que confiam bastante na imprensa e 7,2% informaram confiar totalmente, enquanto 27,1% declararam não confiar muito e 25,8% não confiar nenhum pouco. Com relação à televisão, 36,2% declararam confiar bastante e 4,5% totalmente, enquanto 30,1% afirmaram não confiar muito e 28,7% nenhum pouco. Isto mostra que, embora a maior parte da população declare não confiar nas informações trazidas pela mídia, ainda há uma boa parcela que acredita nela. E, como a pesquisa não produziu dados a respeito especificamente da busca das pessoas por informações, é possível afirmar que,

⁶ De acordo com o art. 22-A da Lei 9.096/1995, alterado pela Lei 13.165/2015, as justas causas são: mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; grave discriminação política pessoal; e mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

⁷ A este respeito, Manin, Przeworski e Stokes (2010, p. 49) informam que, quando não tem interesses claramente partidários, a mídia exerce um papel particular, sendo até mais confiável do que o governo e a oposição.

⁸ Disponível em: <<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp>>. Acesso em 16.11.2017.

mesmo aqueles que não confiam na imprensa e na televisão, podem utilizá-las como fonte de informação, sobretudo a respeito de candidatos, governos, eleições, políticas e demandas públicas.

Uma enorme influência tem sido exercida também pelas redes sociais, as quais permitem a divulgação de informações em maior volume do que a mídia e de forma gratuita, além de permitir comentários e debates acerca das mesmas e sem limitação de horário e de repetições de acessos. De certa forma, as redes sociais relativizaram a importância da televisão e dos demais meios midiáticos nas eleições e na influência da escolha do eleitorado, pois este passou a absorver mais informações vindas daquelas do que destas. Por outro lado, as redes sociais permitem mais facilmente a divulgação de informações falsas, o que vem constituindo um problema e uma dificuldade a desafiar os candidatos em suas campanhas.

A busca de informações sobre os candidatos em fontes nem sempre isentas (mídia e redes sociais), somada às análises superficiais feitas pelo eleitor no momento da escolha e o próprio desconhecimento dos eleitores a respeito das verdadeiras necessidades populares, das políticas possíveis, dos papéis e funções dos representantes no desempenho dos cargos políticos, resultam em uma expectativa frágil, muitas vezes amparada em desejos e não em possibilidades efetivas e viáveis, outras vezes amparada em ilusões criadas a partir da imagem pessoal do candidato e suas promessas. Quanto a estas, muitas vezes não são cumpridas por falta de vontade do eleito, mas outras tantas porque não são viáveis, já que o seu real campo de trabalho, quando não se trata de reeleição, só é a ele revelado por completo quando ele toma posse e inicia o mandato. Assim, a promessa às vezes é feita pelo candidato, sem o conhecimento pleno da realidade política que o aguarda.

Estes são os efeitos possíveis do mandato representativo livre, ao inadmitir a imposição de orientações por parte dos eleitores, de forma a pré-definir as condutas dos eleitos. Em função disto, Rubens Beçak (2014, p. 62-63) afirma ser histórico o questionamento acerca da legitimidade do mandato eletivo livre, haja vista não haver a perfeita correspondência entre as vontades de representados e representantes, elemento que foi utilizado para criticar a própria democracia e serviu até de justificativa para golpes, como o de Luís Bonaparte, em 1851.

O formato do mandato representativo livre permite aos políticos eleitos desvincular-se das promessas feitas aos eleitores no momento de sua escolha, bem como das ideologias dos partidos aos quais se vinculam. O não cumprimento das expectativas dos eleitores, além de comprometer sua identidade com o governo, também prejudica a confiança depositada neste por aqueles, gerando uma crise de legitimidade.

Mas esta distância entre representante e representados é intrínseca à consolidação do Estado liberal, que estruturou uma sociedade totalmente hierarquizada, limitando a formação da vontade política aos estratos mais superiores, diferenciados e assegurados pela formação educacional e pela propriedade (CASTRO; RAMOS, 2009, p. 57)

Esta separação hierárquica entre quem delega o poder e quem o exerce, por conta de seu maior preparo, é própria da teoria política da representação, que deu amparo ao mandato livre. Neste contexto, o político passou a ser tido como perito, mais preparado e, portanto, livre para atuar, permitindo-se um alargamento da distância entre representante e representado.

Assim, a representação política praticamente pressupõe o distanciamento de eleitor e eleito após a confirmação do resultado das eleições, preservando sua proximidade apenas no momento eleitoral. Isto faz com que, na maior parte das vezes, os dois lados mantenham vínculos meramente formais e periódicos, que podem “[...] transformar as distâncias da representação em verdadeiros abismos.” (CASTRO; RAMOS, 2009, p. 58)

Não bastasse isso, ainda contribui para o distanciamento entre eleitos e eleitores a existência de prerrogativas, como a de foro, e outras garantias de ordem patrimonial e funcional, como o elevado número de assessores, os altos salários e gratificações, os direitos à moradia e carro oficiais para alguns cargos, os longos recessos de trabalho e a aposentadoria diferenciada. Tidos como privilégios, dão a sensação de inexistir igualdade e justiça com os cidadãos comuns, prejudicando, ainda mais, a imagem dos representantes e aumentando o distanciamento dos representados.

Quando o Estado é colocado como algo superior e inalcançável ao cidadão comum e os representantes como pessoas dotadas de saberes diferenciados, o distanciamento também ocorre (CASTRO; RAMOS, 2009, p. 62-63). E aí o mandato eletivo assume um perfil oligárquico (AIETA, 2006, Tomo III, p. 120), cuja separação é intrínseca. Tudo isto, porque o representado se convence de que não poderá ser parte da política e do governo, nem estabelecer diálogo com seu representante, gerando efeitos muito prejudiciais à democracia, pois, como esclarece Stuart Mill (2006, p. 50) “Se uma pessoa não puder fazer nada pelo seu país, ela não se importará com ele.”

O exercício representativo deveria, na verdade, aproximar representantes e representados, pois sua relação não deveria ser conflituosa. A própria política deveria ser instrumento para compor conflitos pacificamente e não para aumentá-los ou criá-los. Muitos não enxergam os representantes como seus semelhantes, nem como boas autoridades, habilitadas a tomar as melhores decisões e realizar as melhores políticas públicas. Assim, a maior parte dos eleitores não simpatiza ou confia em seus políticos eleitos nem pelo que eles são, nem pelo que eles fazem.⁹

Isto faz com que os representados não concordem – além de não compreenderem, muitas vezes – com o próprio sistema representativo, afastando-se cada vez mais dele, o que implica no distanciamento dos representantes, comprometendo o sentido da representação. No Brasil, o desinteresse pela política é observado e confirmado por pesquisas estatísticas, o que acaba gerando um grande desconhecimento acerca de seu funcionamento.

Segundo dados relativos aos Resultados do Brasil da Pesquisa Mundial de Valores (*World Values Survey*), referentes à Onda 6, composta por dados obtidos em 2014¹⁰, 40,8% dos brasileiros não se interessavam nenhum pouco por política e 21,7% se declararam não muito interessados. Apenas 8,8% afirmaram se interessar muito e 28,3% um pouco.

O engajamento e a disposição para participar de greves, boicotes e manifestações políticas também era baixíssimo na época da pesquisa, demonstrando que o desinteresse dos brasileiros pela política alcança um *status* cultural (67,7% responderam que nunca

⁹ No próximo item, sobre a confiança, serão apresentados dados que confirmam a falta de credibilidade dos políticos junto à população brasileira.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp>>. Acesso em 16.11.2017.

participariam de boicotes; 45,1% nunca participariam de manifestações pacíficas; 49,9% nunca participariam de greves e 49,8% nunca participariam de qualquer outro ato de protesto). E este afastamento gera, inclusive, uma falta de conhecimento que fortalece a personalização do voto, fazendo com que o cidadão associe-se à política pelo candidato e não pelo partido político (CASTRO; RAMOS, 2009, p. 62).

A falta de conhecimento gera decisões aleatórias e, muitas vezes, desprovidas de análise e fundamento político, o que é temerário e certamente provoca um ciclo, em que a despolitização gera decisões e governos ruins, que desmotivam o eleitor a se engajar e tentar conhecer melhor o funcionamento da política, fazendo com que ele continue cada vez mais desconhecedor e menos envolvido na política e na vida pública de seu país e de sua localidade.

O distanciamento também torna a população subjugada a lideranças muito duradouras¹¹, sendo que no Brasil, muitas são renovadas hereditariamente desde a República Velha, conforme conclui Raymundo Faoro (2000).

Para diminuir a distância entre representantes e representados, é necessário um maior envolvimento destes últimos na política. E este aumento se inicia com o crescimento do interesse por ela, o qual conduz a uma maior participação.

A aceitação do sistema representativo pelos eleitores é colocada por Pitkin (*apud* CASTRO; RAMOS, 2009, p. 59) como um dos alicerces da representação formal, juntamente com a crença na legitimidade dos eleitos e com a constatação de sua atuação satisfatória. Sem esta aceitação do sistema, não há o envolvimento dos representados e o seu desinteresse, aliado à crítica e descrença no sistema, culmina no natural distanciamento. Em um cenário de desvalorização do sistema, o afastamento das práticas políticas chega a ser bem visto.

Mas Castro e Ramos (2009, p. 59) completam que nenhuma das variantes do conceito e das explicações acerca da representação indicam qual grau de proximidade deve haver entre os interesses dos representados e as ações dos representantes, isto é, não apontam a necessidade de haver representatividade, nem o nível que esta deve ter, em ocorrendo.

E haverá momentos em que a busca pela aproximação entre eleitor e governo deverá ser sacrificada em prol do aumento da transparência, como informam Manin, Przeworski e Stokes (2010, p. 47), ao esclarecerem que a manutenção de instituições que induzem maiorias aumenta a distância entre os dois lados, mas também gera governos com maior prestação de contas e representantes mais sensíveis ao desempenho econômico.

Contudo, é indiscutível a necessidade de haver alguma representatividade, que não pode ser extremamente baixa, para não arruinar o próprio sentido da representação política e da democracia.

O fato é que há duas lógicas ligadas à representação e que refletem sobre a representatividade, uma extraída da sociedade civil e outra da sociedade política ou Estado. Na verdade, elas traduzem os interesses destes dois lados, gerando ambições e condutas opostas. De acordo com Castro e Ramos (2009, p. 59), “A lógica da sociedade civil é a de que o representante deve estar o mais próximo possível da defesa dos

¹¹ Inclusive partidárias, vez que alguns partidos mantêm-se permanentemente no governo, como observam Manin, Przeworski e Stokes (2010, p. 48).

interesses dos constituintes; a do Estado é de que deve ser garantida a maior governabilidade (vale dizer, estabilidade) possível.”

A representatividade plena da sociedade é impossível no sistema de mandatos eletivos livres e também não é aconselhável porque pode emperrar as negociações políticas. Neste sentido, é preciso sacrificar algum nível da representatividade para se garantir a governabilidade e, desta forma, tornar possível aos representantes trabalharem e concretizarem as políticas públicas necessárias. Mas, para garantir a governabilidade, também não se pode fazer com que a representatividade sucumba, ou então haverá governos apenas formalmente ou conceitualmente representativos. Exemplos destes, segundo os autores já citados, foram os dos militares no pós-1964, em que havia alto grau de governabilidade, que não se traduzia em representatividade, pois praticamente não havia espaço para uma oposição verdadeira, que abrigasse aqueles que discordavam do governo e não se sentiam por ele representados.

É claro, porém, que a ausência de representatividade não ocorre apenas em governos autoritários, notando-a sempre que há divergência significativa entre os interesses dos representados e as posturas dos representantes, além do afastamento daqueles. Os próprios sistemas eleitorais contribuem para a distância entre os dois lados, na medida em que o proporcional “[...] dilui a relação entre ambos em um espaço geograficamente maior.” E o distrital “[...] impede a representação da minoria do distrito.” (CASTRO; RAMOS, 2009, p. 60)

E é assim que eleitores sentem-se prejudicados e não representados por eleitos que não perseguem os interesses comuns, nem põem em prática promessas de campanha, dando a impressão de que os únicos interesses defendidos são os particulares. Em contrapartida, os eleitos consideram que precisam ter liberdade para deliberar, mesmo que não atendam aos interesses populares – ou a de todas as classes representadas, pois a submissão a orientações vai de encontro ao fundamento da representação moderna e do mandato eletivo livre.

De fato, em face do volume e da complexidade dos assuntos tratados no governo e nas Casas Legislativas, é necessária a liberdade dos eleitos para discutirem e trabalharem. Mas a reiterada contrariedade dos interesses de seus eleitores compromete a representatividade e reduz o processo de legitimação dos representantes pelos representados à eleição válida, enquanto este deve ser construído e reforçado durante o exercício do mandato. Embora os eleitos representem toda a população e não apenas aqueles que o elegeram e seja aceitável que se posicionem contrariamente a estes algumas vezes, contrariá-los reiteradamente não expressa coerência com a ideia de representação.

A solução para não resumir a legitimação do governo representativo apenas ao voto nem promover um distanciamento tal entre eleitos e eleitores, que desfigure o próprio sistema, seria a configuração atual da representação, que pressupõe um governo responsável, dando retorno ao representado quanto ao cumprimento de suas demandas. Assim, não basta ter sido regularmente eleito, é necessário que o político desempenhe com qualidade suas funções e atenda as expectativas dos representados durante o mandato, desempenhando um governo responsivo (*responsiveness* e *accountability*).

Além disto, é necessária a participação dos representados, pois, segundo Nadia Urbinati (2006, p. 195), não se pode reduzir a representação a um contrato de delegação firmado nas eleições, nem à nomeação dos representantes como substitutos do soberano

ausente, pois a representação política não serve a isto, sendo sim uma maneira de ligar representante e representado, conectar sociedade e instituições, ambos presentes.

E é este entendimento e um relacionamento mais próximo e constante que legitima o representante e torna a representação melhor, afinal, ao longo do mandato surgem demandas que durante as eleições não foram imaginadas e precisam ser discutidas para a tomada de decisões mais adequadas aos interesses dos representados. Mas, reforce-se, a tomada de decisões mais adequadas nem sempre significa atender às vontades dos representados, que por vezes podem desconhecer os detalhes e possibilidades da prática política e a complexidade dos assuntos tratados.

A melhoria da representação e do exercício político também depende do maior envolvimento dos eleitores em outras oportunidades de participação política, além das eleições, embora a maioria dos cidadãos não seja incentivada a participar em outro momento além deste.

Isto torna o voto volátil e aleatório, dado sem muito compromisso e conforme entendimentos e interesses particulares, apesar de seus efeitos incidirem na esfera pública. (CASTRO; RAMOS, 2009, p. 61)

Mais uma vez, nota-se que o afastamento e o desconhecimento dos cidadãos sobre a política geram problemas com relação à representação e também à condução das decisões políticas e à formulação de políticas públicas atentas às demandas populares.

Mas a questão é: como aumentar o interesse dos representados por política e melhorar sua visão dela, passando a percebê-la como o instrumento capaz de alterar suas vidas e a entender que as decisões tomadas nesta seara impactarão a coletividade?

De acordo com Castro e Ramos (2009, p. 65), neste caso, “O que faz diferença de fato e implementa mudanças estruturais são contatos diretos com a vida política, experiências concretas de tomada de decisão [...] o exercício de cargos representativos em nível micro em algum momento da vida do indivíduo.”

Não basta fornecer informações ao cidadão, que poderá recebê-las e julgá-las conforme quiser. É preciso inclui-lo no processo para que, participando, tome consciência da repercussão, importância e potencial de suas condutas e também das dos políticos eleitos. É isto que o faz mais presente, desmistifica a ideia de superioridade dos representantes e do Estado inatingível e diminui o afastamento entre eles. Além disto, esta participação o inteira das funções, deveres e direitos do representante e dos desafios e possibilidades do exercício diário da representação, capacitando-o a avaliar e escolher melhor os candidatos nas eleições.

A participação da sociedade civil é apontada como sendo o meio de aumento da participação política – até para a inclusão de minorias sub ou não representadas – de aumento da fiscalização da atividade pública e ganho de qualidade na representação e na democracia.¹²

A sua juridicidade é incontestável, vez que os arts. 1º, parágrafo único e 14, da Constituição da República brasileira preveem a participação popular direta.

¹² Neste sentido, o artigo de Débora Rezende de Almeida, A relação contingente entre representação e legitimidade democrática sob a perspectiva da sociedade civil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 28, nº 82, junho/2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v28n82/v28n82a04.pdf>>. Acesso em: 21.09.2017.

Como esclarece Stuart Mill (2006, p. 53) é possível o povo buscar um governo melhor para ele, mas é preciso que, além de desejá-lo, o povo se aperfeiçoe para compor um bom governo, pois ele também faz parte de toda a estrutura do Estado. Ou seja, cobrar apenas a melhoria dos representantes não aumenta a qualidade do governo.

O maior esclarecimento e envolvimento político do povo é, sem dúvidas, urgente no Brasil e pode apontar o caminho para a melhoria de diversos problemas, inclusive os desvios de finalidade de boa parte das políticas públicas colocadas em prática. Além de diminuir o afastamento entre representantes e representados, certamente tornará mais adequado e moralizado o desempenho da representação.

2.2. A confiança dos representados em seus representantes

A representação política moderna fundamenta-se, segundo Octaciano Nogueira (*apud* CASTRO; RAMOS, 2009, p. 58), sobre a responsabilidade do representante e a confiança do representado, com maior peso para a responsabilidade. A estrutura deste vínculo é feita sobre elementos abstratos, como racionalidade e crença. Segundo Hanna Pitkin (2006, p. 24-25), ela se vincula à ideia de autoridade, que traz em si as imagens de verticalidade e hierarquia, pressupondo, portanto, uma distância entre base e autoridade.

Neste cenário, controle e confiança são, portanto, elementos imprescindíveis na relação representativa, sendo a falta da confiança uma questão bastante comprometidora do bom desenvolvimento da representação.

E é diante disto que a análise da confiança popular nas instituições públicas torna-se importante. Atualmente, vive-se uma crise de confiança nos partidos políticos, no governo e no Congresso Nacional brasileiros, conforme demonstram Castro e Ramos (2009, p. 56).

Os Resultados do Brasil na Onda 6 (dados obtidos em 2014) da Pesquisa Mundial de Valores (World Values Survey)¹³, mostram a desconfiança da população em várias instituições públicas, o que tem início com a profunda desconfiança do brasileiro em relação às próprias pessoas. Na pesquisa referida, 92,2% dos brasileiros entrevistados afirmaram precisar ser muito cuidadosos, ou propriamente desconfiados, em relação à maioria das pessoas.

Com relação às instituições públicas, embora os índices tenham valores menores do que a desconfiança geral em relação às pessoas, a desconfiança também é alta, sendo que 54,6% não confiam razoavelmente na Polícia, 49% não confiam razoavelmente na Justiça, 58% não confiam razoavelmente no Governo Federal, 83,1% não confiam razoavelmente nos Partidos Políticos, 76,9% não confiam razoavelmente no Congresso Nacional (Câmara e Senado) e 48,3% não confiam razoavelmente no Serviço Público.

Embora a falta de apoio popular às instituições representativas brasileiras seja admirável, Carneiro (2014, p. 36) afirma que os números não fogem ao padrão de democracias consolidadas e de países latino-americanos. Os dados utilizados por ela, do Latinobarômetro de 1995 a 2011, atestam o mesmo que a Pesquisa Mundial de Valores

¹³ Disponível em: <<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp>>. Acesso em 16.11.2017.

de 2014, ou seja, que o brasileiro confia pouco no Congresso Nacional e ainda menos nos partidos políticos.

A falta de confiança nos partidos políticos demonstra uma “crise de responsividade institucional” (CARNEIRO, 2014, p. 38), já que eles não conseguem captar e representar adequadamente as demandas dos eleitores. Apesar disto, ainda exercem a integração política e desempenham papel indispensável nas eleições e no exercício das funções representativas, agregando maiorias para a aprovação de políticas públicas. Os partidos políticos contribuíram para a evolução da democracia e são, ainda hoje e apesar dos problemas apresentados, importantes para a organização e estruturação da política nos regimes democráticos.

Mas observa-se que os vínculos entre eleitores e partidos vêm sofrendo enfraquecimento progressivo, tanto em democracias mais antigas, como nas mais recentes. A confiança nos partidos políticos vem diminuindo ao longo dos anos e pode ser que esteja ocorrendo não em virtude da falta de representatividade apenas, mas também por conta da falta de confiança dos eleitores na força de seu voto. Isto acaba provocando a diminuição da confiança no próprio sistema político, pois a tendência é de que aqueles que apoiam os partidos vencedores confiem mais no sistema, por gostarem do resultado obtido, do que os que votam em partidos perdedores (CARNEIRO, 2014, p. 42).

A desconfiança do próprio sistema é algo que também reflete na representação, pois, ao se desconfiar do bom funcionamento e da eficiência deste sistema, o sentido de eleger alguém para falar em seu nome também perde o valor para o eleitor.

Isto reflete na opinião dos brasileiros, captada pela Pesquisa Mundial de Valores (World Values Survey), nos Resultados do Brasil correspondentes à Onda 6 (dados obtidos em 2014)¹⁴, em que fica claro que, na opinião da maior parte dos entrevistados, deputados e senadores seriam dispensáveis, pois 64,8% declararam achar muito boa ou boa a ideia de ter um líder forte, que não precisasse se preocupar com deputados, senadores e eleições, enquanto 29,7% opinaram achando ruim ou muito ruim. Ou seja, se mais da metade das pessoas arguidas acha boa a proposta de não precisar se preocupar com parlamentares, deduz-se que as condutas e posicionamentos deles não são considerados relevantes e indispensáveis.

Em continuidade, a pesquisa também revelou que 76,6% dos entrevistados achava bom ou muito bom ter técnicos especializados tomando decisões que julgassem melhores para o país, ao invés de políticos. Apenas 16,2% manifestaram-se achando a proposta ruim ou muito ruim, o que prova, mais uma vez, a desconfiança dos eleitores em seus eleitos e não apenas do ponto de vista político e da vinculação aos preceitos partidários, mas também do ponto de vista técnico, da competência na tomada de decisões e na defesa de seus interesses.

O desencanto dos representados em relação aos representantes, sem dúvida, envolve a dificuldade de identificação de suas posições políticas, o descompromisso com as demandas populares, sobretudo as defendidas durante as eleições e abandonadas após a conquista do mandato. Mas é notório como o brasileiro julga seus políticos despreparados tecnicamente, o que aumenta sua desconfiança e, por consequência, prejudica a representação.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp>>. Acesso em 16.11.2017.

3. A representação sob nova ótica

A forma como a representação vem sendo exercida ao longo de tantos anos, com representantes atuando de forma repudiada pela população, defendendo interesses particulares e constantemente envolvidos em escândalos de corrupção, coloca em xeque a existência da representação, sua necessidade e efetividade.

A representação exerce um distanciamento natural entre representantes e representados, por várias razões como a natureza dos assuntos políticos e o conhecimento a respeito deles. É certo, também, que os representantes não devem ser apenas os porta-vozes dos representados, sendo indispensável a sua atuação autônoma, desempenhando seus papéis como atores políticos e dando suas contribuições profissionais. Mas é necessário haver alguma correspondência entre os anseios dos eleitores e os comportamentos dos eleitos.

Se não se encontra esta correspondência, a solução deve ser extinguir a representação e retomar os institutos da democracia direta como as únicas formas legítimas de exercício democrático?

Diante da complexidade das sociedades atuais, esta parece ser uma opção irreal, embora alguns teóricos já tenham começado a pensar se realmente não é possível viabilizá-la, como o sociólogo argentino Isidoro Cheresky (2015, p. 176-177), que trata, inclusive, da autorrepresentação. Enquanto não surge uma alternativa consistente, a representação continua indispensável, sendo impositiva a melhoria da qualidade da representação e também da forma como ela é vista e entendida por ambos os lados, a fim de que a aceitação recíproca integre os envolvidos e permita um melhor desempenho da representação e também da democracia.

Segundo esclarece Young (2006, p. 147-148), a solução do problema posto está no abandono da ideia de representação como identidade e na adoção da ideia de representação como relacionamento entre representantes e representados. Esta relação representativa é construída a partir da história dos relacionamentos que a produziram e os acontecimentos presentes vão antecipando os relacionamentos futuros.

Adotando esta concepção de representação, o paradoxo segundo o qual o representante precisa traduzir as vontades e anseios de todos os representados, como se estes se fizessem presentes na figura daquele, dissolve-se, até mesmo porque, observada sob este aspecto, a representação torna-se impossível.

Mas não é por isto que o representante poderá se considerar livre para se desconectar completamente das vontades populares, ou então a representação perderá o sentido. Young (2006, p. 149-150) esclarece que, embora o eleito naturalmente se afaste dos eleitores, deverá manter alguma conexão com eles, assim como eles devem manter-se conectados entre si. E arremata afirmando que “Os sistemas de representação, por vezes, deixam de ser suficientemente democráticos não porque os representantes deixam de se pôr pela vontade dos eleitores, mas porque perderam a conexão com eles.” Isto porque nas democracias de massa modernas, as relações entre ambos rompem-se facilmente, sendo difícil mantê-las.

A questão não é, então, extinguir a representação política, que até o momento apresenta-se como o instrumento mais apropriado para o desenho institucional das democracias, mas sim aperfeiçoar a conexão entre representantes e representados.

É neste cenário que os esforços para o resgate da confiança e da melhoria da imagem da política, do Estado, dos Poderes constituídos e dos políticos se fazem fundamentais no Brasil. E estes esforços devem ser somados ao empenho para integrar, educar e aproximar os eleitores dos eleitos e de suas funções. O incentivo ao conhecimento e à participação popular na política só promoverá ganhos democráticos, inclusive em relação à fiscalização e às cobranças por atuações mais corretas e legítimas dos representantes.

O envolvimento dos eleitores conservará a conexão com os eleitos. Considerando as razões de escolha e voto no Brasil, bem como o pequeno interesse dos brasileiros por política e as fontes de informações que a maior parte busca para obter esclarecimento sobre os perfis e as propostas dos candidatos, pode ser que este envolvimento não apenas conserve, como propriamente crie a conexão, que, em muitos casos, nem mesmo existe.

Esta conexão traduz-se em dois movimentos, o de autorização e o de prestação de contas (YOUNG, 2006, p. 151). A autorização ocorre no momento eleitoral, quando os representados escolhem seus representantes, permitindo-lhes atuarem em seus nomes. Mas como é impossível antecipar todas as ocorrências que surgirão durante o mandato, não há como os eleitores autorizarem previamente todas as condutas que os eleitos poderão adotar.

Em função disto, nasce a prestação de contas, para que os representantes justifiquem as decisões tomadas e não autorizadas antecipadamente. Assim, é sua responsabilidade não apenas reportar aos representados como eles cumpriram os mandatos, mas também persuadi-los da adequação das avaliações que fizeram das matérias que não foram previamente discutidas ou autorizadas, convencendo-os, em ambos os casos, do efetivo atendimento de seus interesses e de como as opções escolhidas foram as melhores possíveis (YOUNG, 2006, p. 155).

Diante de tudo isto, Young (2006, p. 152) afirma que a representação “[...] é um relacionamento diferenciado entre eleitores e representantes, em que a desconexão é sempre uma possibilidade e a conexão é mantida ao longo do tempo por meio de antecipações e retomadas em momentos de autorização e prestação de contas.” A tendência natural ao afastamento precisa ser contrariada por um esforço voluntário de aproximação e relacionamento, partindo tanto dos representados, em busca de informações sobre o exercício do mandato, como dos representantes, dando satisfação àqueles acerca das condutas realizadas.

A qualidade do processo representativo é proporcional à capacidade de conservação desta conexão entre os dois lados, pois “[...] um processo representativo é pior na medida em que a separação tende ao rompimento, e melhor, na medida em que estabelece e renova a conexão entre os eleitores e o representante e entre os membros do eleitorado.” (2006, p. 152)

Nadia Urbinati (2006, p. 209), de forma semelhante, afirma que a participação popular acompanhando e avaliando o desempenho de seus representantes, às vezes até reprovando suas condutas, ao que ela denomina poder negativo dos cidadãos, constitui a força revigorante da representação e também a medida da conexão entre os dois lados,

sinalizando “[...] o *status* da “força integradora” que liga os eleitos e a assembleia que sedia a sociedade.”

Observa-se, então, que o distanciamento em que a maior parte da população brasileira se coloca em relação à política, embora natural ao processo de representação, pode ser revertido, e disto resultará melhoria no exercício representativo. Até mesmo porque o afastamento é natural, mas a apatia popular não, e esta precisa ser repensada, ou então de pouco adiantará a troca de representantes, pois esta não será capaz de melhorar a situação por si só. E sendo a representação uma opção única, ao menos até o momento, é necessário melhorá-la.

A sensação das pessoas de que os políticos atuais, embora eleitos, não as representam decorre da compreensão equivocada da representação, primeiramente como algo que diferencia representantes e representados, sendo difícil a aproximação e, em segundo lugar, de que, para haver representatividade, é necessário existir plena identidade entre os dois lados, o que se mostra impossível, dado o número de representados ser superior ao de representantes.

É verdade que deve haver identidade entre representantes e representados, tanto que é esta proximidade de ideias que leva os segundos a elegerem os primeiros e é também a falta desta que os fazem distanciar-se, mas a relação não deve se pautar exclusivamente em um elemento prévio, porque ocorrem várias situações após a eleição, que exigem posicionamento dos eleitos, fazendo com que a identidade permaneça em construção durante todo o mandato.

Neste sentido, Young (2006, p. 158-162) esclarece que, como é impossível alguém representar o outro apenas quando tiver plenitude de identidades, vez que são vários os aspectos que podem envolver essa semelhança, a representação adequada ocorre quando há similitude de interesses (o que é importante para os horizontes de vida dos indivíduos ou para as metas das organizações), opiniões (princípios, valores e prioridades que fundamentam e condicionam o juízo de uma pessoa sobre quais políticas devem ser seguidas e quais fins devem ser buscados) ou perspectivas (experiências, histórias e compreensões sociais derivadas do posicionamento social de cada pessoa), podendo ou não haver coincidência de mais de um deles. Assim, as pessoas sentem-se representadas no processo político quando ocorrem as seguintes hipóteses:

Primeiramente, sinto-me representado quando alguém está cuidando de *interesses* que reconheço como meus e que compartilho com algumas outras pessoas. Em segundo lugar, é importante para mim que os *princípios, valores e prioridades* que penso deveriam nortear as decisões políticas sejam verbalizados nas discussões que as deliberam. Por fim, sinto-me representado quando pelo menos algumas dessas discussões e deliberações sobre políticas captam e expressam o tipo de *experiência social* que me diz respeito, em razão da minha posição num grupo social e da história das relações desse grupo social. (YOUNG, 2006, p. 158 - Grifos nossos).

Ao longo do mandato, a identidade pode se perder, em função das condutas dos representantes, que não guardem relação com os anseios nem interesses populares, mas

o oposto também é possível, quando um representante que a princípio não mantenha identidade com determinados representados passe a se comportar de maneira satisfatória e bem vista por eles.

Boa parte da culpa pela perda da identidade no processo representativo atribui-se aos partidos, que deveriam refletir as posições políticas de seus integrantes, mas, estando cada vez mais numerosos, sem ideologias definidas, associando-se uns aos outros cada hora por uma razão, não passam confiança aos eleitores. A outra parte da culpa fica a cargo dos políticos, que, ao se envolverem em atos de corrupção, distanciam-se das expectativas populares.

A credibilidade e a confiança precisam ser resgatadas e uma grande esperança para que isto ocorra são as reformas nas legislações políticas e eleitorais realizadas em 2017. Foram impostas restrições aos partidos e às coligações, limites de gastos e financiamentos de campanhas eleitorais e outros esforços para o combate mais efetivo à corrupção, dos quais se espera resulte a moralização do exercício da função política e a aproximação dos eleitores, apurando o processo representativo.

4. Considerações finais

A representação política, nos moldes do mandato eleitoral livre e vinculada aos partidos políticos, que são órgãos aglutinadores de pessoas e opiniões, surgiu como fórmula ideal ao exercício democrático, face ao progressivo crescimento dos Estados, tanto em termos territoriais, quanto populacionais, e ao aumento da complexidade das sociedades.

Assim, o povo deixava de se governar diretamente e submetia-se às decisões de seus representantes, que deveriam ser tomadas em prol da concretização dos melhores interesses de todos, já que os eleitos não representavam apenas seus eleitores, mas toda a nação.

Como esta fórmula era, senão a única, a melhor maneira de se estabelecer a direção política do Estado, foi amplamente disseminada entre as democracias, que a aplicam até hoje.

A representação carrega em si as noções de hierarquia e distanciamento entre eleitores e eleitos, as quais estão intrínsecas a ela desde a consolidação do Estado liberal. O processo representativo provoca o natural distanciamento entre os dois lados envolvidos, haja vista a quantidade e complexidade dos assuntos tratados na esfera política e, em sua maioria, totalmente desconhecidos da grande massa. A capacidade para lidar com tais assuntos e o simples envolvimento com eles em função de circular no meio onde são discutidos elitiza os representantes, que, ademais, mantém verdadeira distância física de seus representados, posto estabelecerem-se nas sedes dos governos e parlamentos.

Mas esta distância, que já é natural, pode ser ampliada ou não, a depender da forma pela qual se conduz o processo representativo. Em regra, este tem sido caracterizado por afastamentos cada vez mais contínuos e intensos, provocando colapsos na relação, que passa, então, a ser questionada quanto a sua necessidade, viabilidade e condições de melhoria ou extinção.

A principal razão para a potencialização do afastamento entre representantes e representados reside na perda de identidade entre eles, o que acaba refletindo na perda de identidade e interesse dos cidadãos pela própria política. Além de se tratar de uma questão cultural, o desinteresse pela política é também gerado pela não correspondência das expectativas geradas em torno do representante, por parte do representado.

No Brasil, em especial, os políticos têm mantido uma imagem desgastada, associada a fraudes, trocas de favores, corrupção e trabalho em prol de interesses escusos e particulares, em detrimento do interesse e bem público.

Diante disto, a figura do político eleito é muito associada a princípios e valores que a maior parte da população despreza e, por isso, busca intencionalmente não se identificar. Como se não bastasse ser rotulada como “chata”, talvez em função da variedade e complexidade de assuntos ou em função dos longos debates e argumentações que impõe em seu exercício, a política, cuja imagem é vinculada à percepção que se tem dos políticos, acaba também julgada como suja, impraticável e de afastamento desejável.

Por isso, os índices de desconfiança dos brasileiros em relação aos partidos políticos, ao governo, à justiça e ao Congresso, são extremamente elevados no Brasil. Quanto aos partidos políticos, por exemplo, a desconfiança aparece nas opiniões de mais de 80% dos entrevistados, segundo pesquisas quantitativas realizadas em 2014. Muitos destes entrevistados pensam, inclusive, que seria mais interessante e não geraria qualquer prejuízo se os políticos eleitos fossem substituídos por técnicos capacitados nas áreas de atuação, demonstrando, além da falta de confiança, uma profunda descrença na habilidade técnica dos políticos.

Em face disto, a forma de se representar começou a demandar novos esforços e reformulações, pois, apesar de natural ao processo representativo, a distância entre eleitos e eleitores não pode ser estimulada, devendo, ao contrário, ser forçada à redução, em um esforço contínuo de manutenção da conexão entre os dois lados. A representação política não é elemento dado e acabado, mas relação que se constrói continuamente e que exige a manutenção de vínculos, de identidades e de interesses mútuos.

Sem a identificação do representado com o cenário político e havendo seu constante afastamento do representante, aquele perde a noção de sua importância e da influência que é capaz de exercer sobre o processo e as decisões políticas, esvaziando o processo de representação e prejudicando o desempenho da atividade política.

Esta situação é extremamente ruim, pois gera um ciclo vicioso reprovável. O cidadão afastado da cena política desinteressa-se ainda mais pelos assuntos e decisões políticos, atuando apenas quando obrigatoriamente, isto é, durante as eleições, que são instrumento insuficiente para a participação popular, permitindo ao representante continuar afastado e assim por diante.

Some-se a isto o fato de que o político eleito que se afasta do seu eleitor não é por ele cobrado e, logo, não se sente pressionado a agir de forma a atender aos anseios populares, muitas vezes incorrendo em desvios de conduta, que decepcionam o eleitor e o afastam ainda mais, por assumir uma postura de total descrença e conformismo com o mau funcionamento da política.

É por isso que a representação política é relação que se constrói continuamente e que exige a interação dos dois lados. Além de importante para a manutenção da identidade, a maior interação e participação popular também possibilitam o controle do exercício da função política, durante o mandato, para corrigir desvios e inconsistências

enquanto estão ocorrendo, tornando a relação de fato mais representativa e a prestação do serviço público mais eficiente, o que significa um governo mais responsivo.

Permitir a avaliação e o controle dos atos considerados inadequados apenas no momento eleitoral é totalmente descabido. Primeiramente, porque as eleições levam muito tempo para ocorrerem, permitindo-se, assim, a ocorrência de desvios por períodos muito longos. E em segundo lugar, porque as eleições submetem todo o conjunto de práticas do político a uma única avaliação, não se podendo individualizá-las nem valorá-las adequadamente.

Desta forma, a representação política, apesar de todos os problemas que apresenta, ainda é instituto válido e que deve ser mantido, mas a prática precisa ser melhorada de forma a integrar mais os representados aos assuntos políticos, permitindo-lhes o posicionamento e o controle dos atos praticados por seus representantes. A representação é conexão, que só funciona bem se for mantida.

Por isto, a representação política, desde que adequadamente exercida, é, ainda, o melhor instrumento democrático, merecendo cada vez mais esforços direcionados ao seu fortalecimento, que somente ocorrerá com a maior participação popular e o melhor controle da atuação dos políticos eleitos. A mudança cultural, o aumento dos níveis educacionais e o amadurecimento moral da sociedade como um todo também são medidas necessárias pelas quais necessariamente perpassam a conquista de um resultado positivo.

5. Referências bibliográficas

AIETA, Vânia Siciliano. **Mandato eletivo**: estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo III.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEÇAK, Rubens. **Democracia**: hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281-303.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. Tradução de Gustavo Biscaia de Lacerda. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 97-101, nov. 2012.

CARNEIRO, Gabriela de Oliveira. Consenso e representação na democracia: Uma análise individual e sistêmica do apoio aos partidos políticos em perspectiva comparada. In: MOISÉS, José Álvaro (Org.). **O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade**: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2014. p. 33-60.

CASTRO, Henrique Carlos de Oliveira de; RAMOS, Paola Novaes. Representação e distância na política contemporânea. **Revista Sociedade e Cultura**, Goiânia, v. 12, n. 1, p. 55-68, jan./jun. 2009.

CHERESKY, Isidoro. **El nuevo rostro de la democracia**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA SOCIALISTA FEDERATIVA SOVIÉTICA RUSSA: CONSTITUIÇÃO DA REVOLUÇÃO PROLETÁRIA DE OUTUBRO DE 1917. Disponível em: <<http://www.scientific-socialism.de/LeninDireitoeMoral100718.htm>>. Acesso em 19 out. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A democracia possível**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo, Publifolha, 2000. v.2.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**: a commentary on the Constitution of the United States. New York: The Modern Library, 2001.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl [trad. Alfredo Gallego Anabitarte]. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MANIN, Bernard, PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Elections and Representation. In: MANIN, Bernard, PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. (Org.) **Democracy, accountability and representation**. New York: Cambridge University Press, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVA CONSTITUIÇÃO SOVIÉTICA (1936). Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/stalin/biografia/ludwig/constituicao.htm>>. Acesso em 19 out. 2017.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. Tradução de Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado. **Revista Lua Nova (on line)**, São Paulo, 67, 2006. p. 15-47. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010. (Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 14).

SARTORI, Giovanni. **A teoria da representação no Estado representativo moderno**. Tradução de Ernesta Gaetani e Rosa Gaetani. Belo Horizonte: Bernardo Alvares S.A, 1962.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Da representação política.** (Dissertação apresentada para concurso à livre-docência de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo, 1971. snt.

SOVIET UNION (FORMER~) – CONSTITUTION. (1977) Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21358-21359-1-PB.htm>>. Acesso em 19 out. 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010. (Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 16).

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Tradução Mauro Soares. **Revista Lua Nova (on line)**, São Paulo, 67, 2006. p. 191-228. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a07n67.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2011.

WORLD VALUES SURVEY (Pesquisa Mundial de Valores). **Resultados do Brasil, Onda 6.** 2014. Disponível em: <<http://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp>>. Acesso em 16 nov. 2017.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. **Revista Lua Nova (on line)**, São Paulo, 67, 2006. p. 139-190. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67>>. Acesso em 13 nov. 2017.

Resumos aprovados e apresentados

A disfunção do sistema jurídico no Brasil a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann

Anderson Rosa Vaz

A erosão da consciência constitucional no trato dos direitos fundamentais

Maurício Ribeiro Alves e Geilson Nunes

A restrição da publicidade infantil de alimentos e bebidas de baixo valor nutricional: interpretação à luz do direito fundamental de proteção especial a criança com absoluta prioridade

Rodrigo Luiz da Silva Versiani

Análise dos tipos de infrações aos direitos trabalhistas na produção de etanol. Estudo das usinas sucroalcooleiras (cana-de-açúcar) na região do Triângulo Mineiro em consequência da homologação de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's) junto ao Ministério Público do Trabalho (MPT) no período compreendido entre os anos de 2013 a 2017

Alexey Gerkman Kil e Adailton Borges de Oliveira

Descrição, extração, viabilidade econômica: aproveitamento do óleo da palmeira de macaúba como alternativa para produção de biodiesel e bioquerosene, desenvolvimento econômico e inclusão social à luz da Lei 13.576/2017 (Renovabio)

Adailton Borges de Oliveira e Alexey Gerkman Kil

Direito constitucional ambiental: compreensão da importância da proteção ao meio ambiente sadio como direito de terceira geração

Lara Cristina Clemente

Evoluções históricas no direito de família: contribuição do NCPC

Maria Helena Silveira Vaz Souza

Exigência das custas processuais na recuperação judicial e sua constitucionalidade

Arquimedes Honório Silva

O construto da tutela ambiental nos 30 anos da Constituição Verde

Francisco Mauro Rodrigues Pinto e Ana Carolina Tomicioli Cotrim

O controle de convencionalidade e a supremacia da Constituição Federal de 1988

Juliane Nunes Soares

O Estado e sua responsabilidade civil por atos omissivos após 30 anos de vigência da Constituição da República de 1988

José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Frederico Cardoso de Miranda

O marco legal da inovação e o aumento da interação entre universidade e empresa: contribuições para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento

Eline Débora Teixeira Carolino

Política Criminal Queer: entre a criminologia Queer e a criminalização da LGBTfobia no Brasil

Danler Garcia Silva

Procedimentos e processos para adoção: críticas e polêmicas

Camila Barbosa de Paiva

Reflexos do neoconstitucionalismo nos concursos públicos

Natália Silva Mazzutti Almeida

Reforma trabalhista em debate: principais alterações nas relações laborais

Cicília Araújo Nunes

Situación de los derechos humanos en la migración de la crisis humanitaria venezolana

Alex Cabello Ayzama

Terceirização pós-reforma e a ofensa aos princípios constitucionais trabalhistas

Lara Cristina Clemente e Rodrigo Guilherme Tomaz

Tratados internacionales y bloque de constitucionalidad en Colombia

Luis Carlos Álvarez Rosero

Normas para publicação

1. Regras Gerais

- a) há duas modalidades de trabalhos previstas para o evento: resumo e trabalhos completos, cujas regras específicas constam dos itens 2 e 3, respectivamente.
- b) para submissão dos trabalhos (resumos e trabalhos completos) os autores deverão enviar ao e-mail **semanadireitounitri@gmail.com** duas (02) versões: a primeira em PDF sem a indicação de autoria, que será enviada à Comissão Científica para avaliação anônima. A segunda, em arquivo do Word (extensão *.doc), deverá indicar a autoria. No corpo do e-mail deverá constar um telefone fixo e outro celular para contato com o responsável pela inscrição.
- c) os trabalhos aprovados serão divulgados na página do evento, no endereço **www.semanacientificadireitounitri.blogspot.com**, bem como a data e horário das comunicações orais. Os trabalhos não aceitos pela Comissão Científica não constarão dessa relação, mas os autores serão informados via e-mail sobre a recusa.
- d) os **trabalhos completos** aceitos pela Comissão Científica e apresentados nas sessões de comunicação oral darão direito ao certificado de participação aos autores, bem como a inclusão do texto nos anais do evento. Os trabalhos aceitos, mas não apresentados, não farão parte dos Anais do evento, bem como os autores não receberão qualquer certificado de participação.
- e) as páginas dos arquivos devem obedecer às seguintes configurações: papel A4 (29,7cm x 21cm), margem superior de 3cm, margem inferior de 2cm, margem esquerda de 3cm e margem direita de 2cm.
- f) na redação dos trabalhos deverá ser utilizada a fonte *Times New Roman*, com as seguintes especificações: tamanho 14 para o título do trabalho, tamanho 11 para as citações longas (em recuo), tamanho 10 para as notas de rodapé e tamanho 12 para os demais elementos do texto.
- g) os destaques em negrito serão utilizados apenas para o título, subtítulos e nas referências bibliográficas (conforme instruções no item 4). Nos destaques para expressões em língua estrangeira ou grifos dos autores deverá ser utilizado o itálico.
- h) o espaçamento entre linhas será de 1,5. Será simples o espaçamento para as citações longas em recuo (mais de 3 linhas) e para os elementos pré-textuais dos trabalhos completos (ver item 3, letra "a"). Haverá uma linha em branco entre cada elemento textual, como entre itens, entre subitens, entre o título e o nome dos autores, entre o resumo e as palavras-chave. Não haverá linha em branco entre as obras que compõem as referências bibliográficas.
- i) para os resumos admite-se o máximo de 4 (quatro) coautores e para os trabalhos completos admite-se o máximo de 3 (três) coautores. É obrigatória a presença do orientador na condição de coautor, mas o nome deste será mencionado por último.
- j) tanto para resumos quanto para trabalhos completos, os títulos virão em caixa alta e centralizados. Abaixo, alinhados à direita, os nomes dos autores. Para cada autor deverá

ser inserida uma nota de rodapé para inserção de informações referentes à sua qualificação: vinculação acadêmica, grau acadêmico (titulação) e e-mail para contato. Havendo alguma espécie de fomento para a realização da pesquisa o órgão/entidade deverá ser informado.

2. Regras formais para os resumos

- a) os resumos terão entre 400 e 500 palavras, excluídos nessa contagem o título do trabalho e autor(es). O texto deverá explicitar o tema, sua justificativa, objetivos, metodologia empregada, referencial teórico, resultados (parciais ou finais) e referências bibliográficas.
- b) após o texto do resumo deverão ser indicadas três palavras-chave.
- c) para demais formalidades, observar o que dispõe o item 1.

3. Regras formais para os trabalhos completos

- a) os trabalhos completos deverão conter logo após o título e autoria (ver item 1, letra “j”): um sumário, indicando numericamente os subtítulos do trabalho; um resumo do trabalho, com o máximo de 250 palavras; e três palavras-chave. As expressões “Sumário”, “Resumo” e “Palavras-chave” virão em negrito, com a primeira letra maiúscula.
- b) os trabalhos completos terão entre 10 (dez) e 25 (vinte e cinco) laudas, aqui incluídos desde os elementos pré-textuais (item “a”) até as referências bibliográficas.
- c) todos os subitens deverão receber um número, seguido de um ponto. Exemplo: 1. Introdução; 2. Histórico; 2.1. Direito Romano; (...) 9. Considerações finais; 10. Referências bibliográficas.
- d) a primeira linha dos parágrafos deverá ter afastamento de 1,25 cm. As citações longas (mais de três linhas) deverão vir em destaque, com recuo à direita de 4 cm, espaçamento simples, sem utilização de aspas e sem itálico. Para as citações com menos de três linhas, abrir e fechar aspas quando houver citação literal do texto pesquisado.
- e) para demais formalidades, observar o que dispõe o item 1.
- f) a Comissão Científica levará em consideração para aprovação dos trabalhos completos os seguintes critérios: relevância do tema; explicitação de objetivos e problema; metodologia adequada; demonstração de raciocínio lógico-científico; bibliografia pertinente e atualizada; consistência da fundamentação teórica; concatenação lógica entre as diversas partes do trabalho; respeito à regra culta da língua portuguesa; e respeito às regras formais explicitadas nesse documento.
- g) trabalhos contendo citações não referenciadas de outros autores poderão excluir o trabalho, a critério da Comissão Científica.

4. Regras para citações bibliográficas

a) as citações no corpo do texto serão referenciadas pelo sistema autor-data. Ex.: (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 59). Havendo mais de um autor para a obra, referenciar como segue: (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 90). Se o nome do autor constar do corpo do texto, basta a indicação da data e página. Por exemplo: "... como defende o jurista Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 109)...". Havendo três ou mais autores, mencionar apenas o primeiro deles seguido da expressão et al. Ex.: (CINTRA, et al., 2009, p. 22).

b) as notas de rodapé serão destinadas apenas às informações dos autores e a notas explicativas.

c) as referências bibliográficas devem seguir as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas para os casos omitidos nesse documento. Para as situações abaixo, observar as regras específicas do evento:

c.1) artigo de periódico

DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 40, n. 158, p. 7-21, abr./jun. 2003.

c.2) artigo em periódico eletrônico

HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=361>>. Acesso em: 24 set. 2013.

c.3) jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 000.298.133-0/00, da 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Henriques, Belo Horizonte, 12 ago. 2003.

c.4) livros completos

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

c.5) capítulos de livros

WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 28-52.

